

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE
LA CONDITION JURIDIQUE
DES

ENFANTS INCESTUEUX ET ADULTÉRINS

(LOI DE 1907)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le lundi 10 mars 1913 à 1 heure 1/2

PAR

Max GUÉRIN DE LITTEAU

Président : M. BARTIN, professeur.

Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur.
 TISSIER, professeur.



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1913



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551415_0010

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE

LA CONDITION JURIDIQUE

DES

ENFANTS INCESTUEUX ET ADULTÉRINS

(LOI DE 1907)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

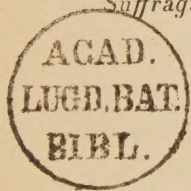
Le lundi 10 mars 1913 à 1 heure 1/2

PAR

Max GUÉRIN DE LITTEAU

Président : M. BARTIN, professeur.

Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur.
 TISSIER, professeur.



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1913

RECEIVED BY THE SECRETARY OF THE ARMY

ADJUTANT GENERAL'S OFFICE

1911

RECEIVED BY THE SECRETARY OF THE ARMY

ADJUTANT GENERAL'S OFFICE

RECEIVED BY THE SECRETARY OF THE ARMY

ADJUTANT GENERAL'S OFFICE

ADJUTANT GENERAL'S OFFICE

ADJUTANT GENERAL'S OFFICE

ADJUTANT GENERAL'S OFFICE

ADJUTANT GENERAL'S OFFICE

ADJUTANT GENERAL'S OFFICE

ADJUTANT GENERAL'S OFFICE

ADJUTANT GENERAL'S OFFICE

ADJUTANT GENERAL'S OFFICE

ADJUTANT GENERAL'S OFFICE

ADJUTANT GENERAL'S OFFICE

ADJUTANT GENERAL'S OFFICE

DE
LA CONDITION JURIDIQUE
DES
ENFANTS INCESTUEUX ET ADULTÉRINS

(LOI DE 1907)

INTRODUCTION

La question des enfants adultérins que nous nous proposons d'étudier n'est pas nouvelle car elle est aussi vieille que le mariage et l'adultère ; de tout temps, elle a fait le tourment des législateurs et des jurisconsultes qui, selon les époques et les pays, lui ont donné les solutions les plus opposées ; aujourd'hui encore, les nouveaux Codes qui remplacent un peu partout les anciennes législations et qui réalisent sur certains points l'unité de doctrine entre nations civilisées, sont restés divergents sur la condition juridique des enfants adultérins.

C'est que cette question, comme la question sociale, ne repose pas sur des données purement rationnel-

les ; elle dépend de valeurs très variables, de préjugés, d'usages, de croyances, de sentiments multiformes ; elle dépend surtout de l'idée que se font du mariage et de la famille ceux qui sont appelés à la résoudre et rien n'est plus disparate que le rapprochement de ces opinions différentes et des motifs qui les expliquent. L'Autriche, la Roumanie, la Suisse admettent la légitimation des adultérins ; l'Italie la repousse ; en France le droit canonique la tolère dans certains cas, le Code de 1804 la prohibe formellement, le législateur de 1907 ne sait que faire, la Chambre disant oui, le Sénat disant non. On se croirait transporté dans un monde chimérique dont les habitants n'auraient plus pour se guider et pour s'entendre la norme de la raison et des principes communs.

Faut-il donc la croire insoluble et renoncer à chercher l'introuvable accord des sentiments sur un aussi vieux problème ? Certes, nous n'avons pas la prétention d'apporter la réponse définitive ; celle qui par sa clarté et sa force logique s'imposera peut-être un jour à la société ; notre travail se contente de signaler, à propos des difficultés de détail, la cause probable du conflit et d'inviter le lecteur à creuser dans ce sens au lieu de tourner perpétuellement dans le même cercle où il n'a rien trouvé.

Le désaccord sur les résultats provient toujours d'un désaccord sur les principes ; et la seule chance d'entente repose sur la mise en question des vérités

considérées comme évidentes et qui le plus souvent n'étaient que de grossières illusions.

Sous la diversité des législations en matière de filiation adultérine, on peut découvrir une tendance commune, bien que plus ou moins forte, celle de punir une infraction à une règle sociale et d'étendre la peine à l'enfant né de cette infraction comme si le vice de son origine l'avait rendu de nature inférieure ; et ce n'est point seulement, comme on pourrait le croire, une idée religieuse qui marquerait d'une tache indélébile celui dont la conception ne fut point agréable à la divinité ; chez tous les peuples, antiques ou modernes, le premier mouvement de l'homme est de reprocher à un autre homme le défaut de sa naissance et ce mouvement s'explique assez par l'instinct de domination qui nous pousse à faire prétexte de tout pour retirer à autrui le droit de dominer et nous le réserver. Dans le cas que nous allons étudier, il y a comme une coalition de ceux qui sont nés selon la règle contre ceux qui sont nés en dehors et cette somme de sentiments hostiles crée la défaveur dont les seconds sont accablés par les premiers. Cette hostilité d'ailleurs germe spontanément, sans autre raison qu'une différence souvent artificielle ; un habit différent donné à deux frères suffit pour que ces frères commencent à se détester. Que sera-ce si au lieu d'un habit, vous donnez à ces frères une origine différente, à l'un la naissance légitime, honorée par les

lois et les religions, à l'autre la naissance défendue et proclamée honteuse par toutes les puissances ? La discorde et la haine pourront seules en résulter. Aussi ne faut-il pas s'étonner si des esprits de bonne foi ont sérieusement pensé apporter un remède à ce mal en rétablissant entre tous les enfants l'unité d'origine, c'est-à-dire en supprimant l'institution du mariage, cause première de l'inégalité ; toutes distinctions disparaîtraient dans l'amour libre ; tous les enfants seraient naturels et le terme d'adultérin perdrait toute signification.

Mais le remède nous paraît trop radical ; il consiste à se couper la tête pour en guérir le mal ; les partisans de l'amour libre n'ont pas mis en balance le rôle de la famille dans la conservation de la société et de l'espèce, à moins qu'ils ne soient assez misanthropes pour en poursuivre la destruction consciente et systématique ; mais ce n'est point le plus souvent leur cas ; ils ont simplement perdu de vue l'essentiel et ont jeté la proie pour courir après l'ombre.

Quoi qu'il en soit, nous ne croyons pas devoir exposer ici les raisons d'être de la famille ; nous les tiendrons pour évidentes ou suffisamment établies par l'expérience et nous regarderons comme un postulat la nécessité d'en maintenir l'intégrité dans les sociétés modernes. Nous ne reculerons donc devant aucun sacrifice de l'individu quand il le faudra ; mais nous pensons que le conflit peut être résolu sans

recourir à ces moyens extrêmes et qu'une conciliation reste possible entre les intérêts de la famille et les intérêts des enfants nés en dehors de la famille.

La famille, du moins la famille occidentale, est essentiellement monogame ; elle repose sur l'union d'un seul homme et d'une seule femme et c'est de cette union, officiellement constatée sur des registres publics, que naissent les enfants légitimes ; malheureusement si la monogamie est dans les institutions, elle n'a jamais été complètement dans les mœurs et des infractions à la règle naissent les enfants adultérins, auxquels il s'agit de faire un sort. Nous verrons, dans un exposé préliminaire, les variations de leur condition depuis l'origine du droit positif ; nous étudierons ensuite en détail le régime que leur impose le Code civil ; régime qui subsiste encore en partie ; puis dans les lois récentes, nous nous efforcerons de saisir l'orientation nouvelle de l'opinion en faveur des enfants adultérins, orientation qui est le résultat d'un mouvement général dans tous les pays et particulièrement dans les pays germaniques.

L'exclusion dont les enfants adultérins ont souffert sous la plupart des législations tient à des causes très complexes où se trouvent mélangés des motifs d'ordre psychologique, d'ordre esthétique et d'ordre purement matériel. Par motifs d'ordre psychologique, nous entendons toutes les croyances religieuses qui peuvent inspirer le mépris de l'enfant né

du péché ; ils sont d'autant plus puissants qu'ils s'exercent presque toujours inconsciemment et qu'ils survivent longtemps aux croyances qui les ont provoqués ; ce sont des dépôts laissés par les religions et qui restent incrustés au fond des consciences ; on ne saurait donc les négliger, qu'il s'agisse de réformer ou simplement d'examiner les institutions traditionnelles. Les motifs d'ordre esthétique sont sans doute moins prépondérants : l'adultère, comme tout désordre, répugne aux esprits qui voient dans la société un organisme dont chaque partie accomplit une fonction déterminée ; mais ces considérations ne touchent qu'une minorité. Néanmoins, elles constituent avec les précédentes le fonds de tendances subconscientes qui assurent dans la famille le développement de cet esprit de corps, spontanément hostile aux éléments étrangers. Car autrement on n'expliquerait pas aisément d'une part l'affection des enfants nés de même père et de même mère, et d'autre part, l'antagonisme latent entre ces mêmes enfants et leurs frères consanguins nés d'une concubine de leur père. « L'enfant adultérin pourrait venir au partage du patrimoine, dit-on couramment. » Ce ne saurait être la seule raison, puisque cet enfant serait aimé des autres s'il était légitime. Il faut donc toujours remonter à une croyance morale pour expliquer l'origine de ces sentiments obscurs qui créent la division entre les hommes.

Après cette constatation, nous pourrions admettre et discerner le rôle des motifs purement matériels, c'est-à-dire de l'intérêt pécuniaire dans l'exclusion des adultérins. Il est certain que ces derniers sont des copartageants éventuels et qu'à ce titre ceux qui forment un groupe cohérent doivent désirer leur élimination. La famille ressemble à un petit État dont le patrimoine serait le sol ; pour en prendre sa part à la mort du chef, il faut montrer le lien qui vous unit non seulement au chef mais à la race du chef et ceux qui sont nés de l'épouse légitime se sentent désignés par privilège. Ainsi s'établit peu à peu l'ordre des successions et la question des enfants adultérins s'y rattache étroitement.

Nous étudierons donc dans l'histoire le développement des principes qui régissent la condition des enfants adultérins et après avoir exposé ce que ces principes sont devenus dans notre droit actuel nous nous demanderons dans quel sens ils continuent à évoluer et sous quelles nouvelles formes ils s'imposeront à l'avenir.

PREMIÈRE PARTIE

DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE DE LA CONDITION JURIDIQUE DES ENFANTS ADULTÉRINS ET INGESTUEUX

1. — On serait peut-être tenté de croire que dans cette étude d'une loi qui date d'hier et qui marque un effort pour rendre plus conforme à l'esprit moderne d'égalité la législation de la famille, il est inutile d'exposer quelles furent, à ce sujet, les institutions des époques antérieures.

Nous ne l'avons pas cru ; malgré la violence de l'assaut, en dépit de la haine qu'ont les démocraties pour les distinctions sociales, procédant de la seule naissance, nous verrons qu'en 1907, le Sénat n'a pas cru pouvoir autoriser la légitimation de tous les enfants adultérins et lorsque nous exposerons la condition des bâtards issus de l'inceste et de l'adultère, nous constaterons que notre Code s'est souvent montré moins humain que le droit canonique.

Les Portalis et les Treilhard, il n'y a pas plus d'un siècle, ressuscitèrent, en ce qui concerne les enfants

adultérins et incestueux, les lois athéniennes qui refusaient aux bâtards le bénéfice d'une filiation légale. C'est que, quels que soient le temps et le pays, l'homme se montre semblable à lui-même ; l'esprit de corps, puissant surtout dans la famille, fait repousser celui qui ne peut s'en dire le fils ; le sentiment de justice ou de pitié, le lien unilatéral du sang lui-même sont faibles en face de cet exclusivisme féroce, mais non dépourvu d'utilité sociale.

De plus, si la plupart de nos contemporains se prétendent libérés de toute croyance religieuse, ils n'ont pas moins, sur tous les sujets qui touchent à la morale familiale, des sentiments qui naquirent de la conception chrétienne du mariage, et que seule, cette conception peut expliquer, et jusqu'à un certain point légitimer.

La loi ne peut être que le tuteur des mœurs ; et comme un tuteur s'incline, nécessairement suivant la direction de l'arbuste qu'il soutient, ainsi la loi est obligée de se conformer aux mœurs qu'elle a pour mission de ne pas laisser fléchir. Or, les mœurs populaires ne suivent que d'un pied boiteux les spéculations de la philosophie ou même les claires conceptions de l'équitable bon sens ; elles sont le fruit d'une habitude qui n'évolue que très lentement. On retrouve dans nos campagnes l'usage de réjouissances champêtres dont l'origine remonte au culte des anciens dieux ; dans nos jugements sur la bâtardise,

dans le mépris encore répandu des enfants naturels, il faut voir la survivance d'idées sociales et morales antérieures de bien des siècles au christianisme, mais auxquelles le christianisme a donné une base et une vitalité nouvelles; il faut y voir aussi l'influence de cet esprit de famille, si indispensable à la société qu'il importe de n'en combattre les manifestations même abusives qu'avec une grande circonspection.

L'étude des lois anciennes où se sont cristallisés les sentiments et les idées de nos pères nous éclairera sur ce qu'il peut y avoir d'artificiel ou de permanent, de nécessaire ou de factice dans l'infériorité imposée aux bâtards et plus particulièrement aux bâtards incestueux ou adultérins. Elle nous aidera à mieux comprendre notre Code en nous en révélant les sources.

Dans la réglementation de la filiation hors mariage, le Code Napoléon s'est surtout inspiré du droit canonique; l'Église qui, durant tout l'ancien régime, avait été considérée comme l'interprète de la volonté divine en cette matière avait façonné la mentalité française de telle sorte qu'on ne pouvait même songer à faire revivre au détriment de sa législation, certaines dispositions du droit romain. Comme nous ne sommes pas sans le regretter, nous développerons, avec une égale ampleur, le système du droit romain et celui du droit canonique.

L'étude des législations anciennes se recommande

à nous pour une raison d'une plus grande importance encore. A la fin de notre travail, nous nous proposons d'indiquer quelles sont, à notre point de vue, les réformes que semble comporter la situation actuelle des enfants naturels incestueux et adultérins. Lorsqu'il s'agit, directement ou indirectement, de l'organisation de la famille, il est bien dangereux de prétendre innover complètement. La matière sociale est si complexe qu'il est difficile de prévoir quelles réactions souvent déplorables une mesure d'apparence juste est susceptible d'entraîner. Il est nécessaire de profiter de l'expérience des siècles et préférable de ne construire un système nouveau qu'avec des pièces dont on aura pu déjà apprécier la valeur.

I. — LE DROIT ROMAIN

2. — Dans l'exposition de la bâtardise en droit romain, nous distinguerons deux périodes : 1^o la première dans laquelle la loi n'est inspirée que par l'intérêt de l'État et la pure logique. De la constitution de la famille procède la condition des enfants nés hors mariage, qu'améliorera d'ailleurs l'institution prétorienne de la *bonorum possessio* et le sénatus-consulte Orphitien ; les enfants adultérins et incestueux ne sont pas distingués des naturels simples ; 2^o la seconde période débute avec Constantin, elle est encombrée d'ordonnances et de dispositions destinées à restreindre

dre les relations sexuelles illégitimes, plus particulièrement les relations adultérines ou incestueuses. Le sentiment chrétien des empereurs supporte mal ce que l'Église considère comme le pire désordre ; la loi se dresse contre la nature et par des dispositions arbitraires tente de la contenir. Alors s'introduit le mépris du bâtard et s'établissent des dispositions qui lui donnent un rang inférieur ; alors se crée la légitimation, sorte de réhabilitation. L'ombre du moyen âge s'étend déjà sur le monde et l'on voit apparaître les institutions qui sont encore à la base de notre droit.

PREMIÈRE PÉRIODE. — Des origines à Constantin.

3. — Pour bien comprendre quelle situation était faite aux bâtards incestueux ou adultérins dans le droit classique, il est indispensable de se représenter tout d'abord l'organisation de la famille romaine.

L'autorité du père y était toute puissante ; un épisode raconté par Tite Live le montre d'une façon saisissante. C'était au temps des Gracques, un orateur favorable aux lois agraires soulevait dans le forum des tempêtes d'applaudissements. Son père, hostile aux projets nouveaux, lui intime l'ordre soudain de quitter la tribune. Il obéit aussitôt, sans que la plèbe déçue dans son enthousiasme ose s'y opposer. Ces hommes étaient prêts à la guerre civile ; ils

ne concevaient pas qu'on put braver un ordre du chef de famille.

La famille était, en effet, un groupe politique dont la cohésion paraissait importer avant tout au bien de l'État ; Menenius Agrippa, dans sa célèbre harangue du Mont Sacré, compare la cité à un être humain dont les différentes classes sociales constitueraient les organes ; il aurait pu ajouter que ces organes étaient eux-mêmes composés de cellules, les familles romaines. Considérer la famille et non l'individu comme l'unité sociale, telle est la doctrine, prônée de nos jours par M. P. Bourget et ses disciples ; tel était le point de vue romain. Les juristes latins avec l'ampleur splendide de leur logique en avaient déduit toute la constitution domestique.

La famille romaine ne formait qu'une seule personne civile, propriétaire d'un patrimoine ; elle n'avait qu'une tête, le plus lointain aïeul paternel et possédait autant de bras que celui-ci pouvait avoir de descendants ou d'esclaves. Le père de famille seul avait qualité pour accomplir au nom de la collectivité les actes de la vie juridique ; pour agir en justice, les autres devaient emprunter sa personnalité, de telle sorte qu'ils ne faisaient que le représenter. Acqueraient-ils, c'était lui qui se trouvait titulaire d'un droit de propriété ; stipulaient-ils une créance, la créance était sienne ; ils ne pouvaient aliéner, ni même s'engager personnellement sans son autorisa-

tion car ils ne trouvaient pas en eux-mêmes le droit de diminuer le patrimoine familial.

Bien mieux, un membre de la famille venait-il à commettre un délit, c'est le père que la loi Aquilia ordonnait de poursuivre; pour éviter une condamnation, celui-ci devait retrancher de sa *domus* le coupable par une *manumissio* et l'abandonner à la vengeance de l'offensé.

Cependant, nous insistons sur ce point; s'il avait tous les droits du maître, l'aïeul n'était pas censé propriétaire des biens familiaux, il n'en était que l'administrateur; à sa mort, ses fils, qui devenaient chefs de familles nouvelles, bien que restant apparentées entre elles, étaient censés recueillir un patrimoine qui leur appartenait déjà; on disait qu'ils étaient *heredes sui*, héritiers d'eux-mêmes, ce qui montre bien leur ancienne situation de co-propriétaires.

Représentant la famille au point de vue économique, l'aïeul en réglait également, à son gré, la composition; il pouvait y faire entrer des étrangers par l'adoption ou l'adrogation; il pouvait en chasser ses propres descendants par la *manumissio*, il avait sur eux droit de vie et de mort.

Mais la famille n'était pas seulement un groupe politique, elle était encore et plus particulièrement un groupe religieux; chaque famille, comme d'ailleurs chaque cité, avait ses dieux protecteurs, les

âmes des ancêtres qui dormaient dans le tombeau commun ; le père de famille assisté de son épouse *in manu* et de ses fils leur rendait les devoirs de piété et il importait à tous que la famille ait une conscience suffisante de sa cohésion et de sa solidarité pour que le culte ne soit pas négligé.

Ainsi la solidarité familiale cimentée par l'organisation économique et la superstition rendait impossible la participation d'un individu à deux foyers différents comme cela se produit chez nous où la femme entre dans la famille de son mari sans quitter la sienne propre, où les enfants se rattachent également à leurs grands-parents paternels et maternels ; il paraissait également impossible de vénérer et de servir convenablement deux séries d'ancêtres distinctes, les dieux lares n'eussent point admis un tel partage ; l'offrande ne leur eût point semblé agréable ; de là naquit l'agnation dont les règles en apparence artificielles ne reconnaissaient d'autre parenté que celle provenant des mâles, ne rattachait par conséquent l'homme qu'à une seule ligne et permettait de ne plus le considérer qu'en fonction de cette lignée.

4. — L'épouse soumise à son mari ou par son intermédiaire à l'aïeul de celui-ci, fut naturellement considérée comme une fille de famille et fut en droit la sœur de ses propres enfants ; elle était dite, *in manu mariti* ; cependant, son propre aïeul perdait

sur elle tout pouvoir et elle ne lui était plus liée que par un lien purement naturel, sans effets civils, la cognation.

Toutefois, si cet abandon de ses droits déplaisait à l'aïeul de la femme, il pouvait retenir sur elle sa puissance en ne faisant que la prêter à son mari *liberorum quærendorum causa*. Restant alors dans une famille différente, elle était sans parenté civile avec ses propres enfants, elle leur était étrangère en droit, seuls les liens de cognation les unissaient.

5. — Il est facile de conjecturer maintenant quel a pu être le sort des bâtards dans l'ancienne Rome ; nous verrons que les rares textes que nous ont laissés les jurisconsultes sur la matière appuient nos hypothèses.

6. — D'une façon générale, il ne pouvait être pour les enfants naturels question de parenté agnatique, puisque l'agnation supposait un mariage légal ; tout au contraire, le lien de nature qui les unissait à leur mère n'était pas contesté ; ils étaient vis-à-vis d'elle et de leurs ascendants maternels dans la situation d'un enfant légitime, dont les parents eussent été mariés sans la *manus* ; ils leur étaient donc rattachés par la cognation. Nous savons que dans les premiers temps, la cognation ou parenté naturelle était dépourvue de tout effet légal. Les bâtards n'appartenant à aucune famille civile ne dépendaient que d'eux-mêmes. Ils naissaient dans la situation d'un chef de

famille, ils étaient *sui juris* ; ils ne souffraient d'aucune incapacité civile ou politique, ils pouvaient donc être institués héritiers par leurs parents ou même être abrogés par eux. On ne voit pas qu'il soit fait de distinction entre les bâtards simples, les incestueux et les adultérins. Y aurait-il également lien de cognation entre le père et ses enfants naturels ? La question ne peut pas se poser lorsque les relations de l'homme et de la femme avaient eu un caractère furtif, les fruits en étaient alors désignés sous le nom de *spurii*, de *vulgo quæsiti*, et Gaius (1) nous dit : « *Hi patrem habere non intelliguntur, cum is etiam incertus sit, unde solent spurii filii appellari vel a græca voce quasi ονοπαδην concepti vel quasi sine patre filii.* »

Mais lorsque les rapports sexuels avaient eu un caractère de continuité, et qu'ils avaient constitué cette sorte de mariage de fait, si répandue à Rome sous le nom de concubinat et auquel les jurisconsultes attribuent parfois le nom d'*inæquale conjugium*, parce qu'on prenait pour concubine des femmes d'un rang subalterne, faut-il, adoptant le même point de vue, nier qu'il y eut cognation entre l'enfant né d'une pareille union et ses parents paternels ? Avant Auguste, cet enfant pouvait être incestueux ou adultérin, car le concubinat n'était pas réglementé et ne semble no-

1. Gaius, I, § 1.

tamment pas avoir été interdit aux hommes mariés.

7. — Il semble que la paternité du concubin étant tout aussi probable que celle d'un mari légitime, il dut y avoir entre lui et l'enfant rapport de cognation ; cependant aucun des jurisconsultes ne nous autorise à l'admettre pour l'époque classique où la loi *Julia de adulteriis* régissait déjà le concubinat ; *a fortiori* donc pour l'époque antérieure, ce silence ne permet guère de croire que la présomption *pater is est* (1) ait été appliquée à notre hypothèse et l'on peut ajouter à l'appui de cette doctrine, que dans une société aristocratique on ne devait pas tenir à reconnaître des liens de filiation entre un homme d'une situation généralement très supérieure à celle de la mère et l'enfant de celle-ci ; d'autant plus que le père de famille n'avait pas à donner son autorisation pour le concubinat.

8. — Dans le droit classique, il était donc impossible qu'un enfant né hors mariage fut légalement incestueux ; puisque l'inceste ne saurait exister en droit que lorsque les deux auteurs dont la parenté est reprochée peuvent être efficacement connus.

A Rome, étaient considérés comme incestueuses et à ce titre interdites les unions entre parents et alliés

1. Paul, au contraire, semble indiquer que cette présomption ne s'appliquait que dans le mariage : « Quia semper certa est mater etiam si vulgo conceperit ; pater vero is est quem nuptiae demonstrant. » (L. 5. D. *De in jus vocando*. II, 4).

en ligne directe, entre frère et sœur, oncle et nièce, ou tante et neveu en ligne collatérale.

Si, malgré la prohibition, des mariages entre de telles personnes venaient à se conclure, des peines assez sévères pouvaient atteindre les époux (Paul, L. 68, *de ritu nuptiarum*, XXIII, 2), mais leurs enfants étaient-ils pour cela légalement incestueux ? Nous retrouvons cette question dans l'étude du droit contemporain. Avec plus de logique que nos jurisconsultes modernes, les romains répondaient par la négative, parce qu'un acte nul ne pouvait produire aucun effet ; il n'y avait eu qu'une apparence de mariage. Les enfants sont donc traités comme nés d'un rapport accidentel entre homme et femme et n'ont pas de père certain ; leur condition est celle des bâtards simples.

9. — Il en est de même et pour la même raison de l'enfant né de l'adultère de l'homme ou d'un mariage nul, pour cause de bigamie du mari ; doit-on étendre cette solution au cas d'un enfant adultérin de la femme ? Cet enfant naissait habituellement couvert par la présomption *pater is est* ; si le mari avait des doutes sur sa paternité, il pouvait, il est vrai, le chasser de sa famille civile par la *manumissio*. Toutefois, le lien de cognation subsistait, et, à partir d'Auguste, ce lien emportait le droit à l'hérédité et même le droit de faire annuler le testament paternel pour inofficiosité.

Cependant, comme la présomption *pater is est* n'était

point absolument irréfragable et qu'elle cessait de produire son effet, si l'absence, la maladie du mari avait rendu toute cohabitation impossible au moment de la conception (L. 6, D. *de his qui...* I, 6), il arrivait que l'époux trompé, rejetant complètement le fardeau d'une paternité fictive, rendit le fils de sa femme légalement adultérin. Quelle était alors en droit la condition de celui-ci ?

Les jurisconsultes décident qu'il pouvait réclamer des aliments à son père naturel, sous la condition évidente d'en prouver la paternité ; il pouvait aussi s'adresser à sa mère à laquelle il était uni par la cognation dont aucune disposition légale ne lui enlevait la jouissance. C'est dire qu'il a profité tout comme les autres bâtards des réformes prétoriennes et du sénatus-consulte Orphitien qu'il nous reste à exposer pour faire connaître le dernier état du droit classique.

Le progrès de la philosophie et la disparition des anciennes croyances, tout au moins dans les classes élevées, des conditions économiques différentes avaient infiniment diminué vers la fin de la République l'importance de l'agnation, tandis que l'adoucissement des mœurs faisait apprécier davantage les liens de nature ; la cognation tendait donc à devenir le véritable fondement de la parenté.

Le préteur qui tirait de la règle constitutionnelle romaine *Salus populi suprema lex est*, le pouvoir

d'abroger en fait les lois civiles, s'efforça sur ce point comme sur tant d'autres de mettre le droit d'accord avec les mœurs, en changeant les règles de la succession *ab intestat* ; celles-ci reposant sur la volonté présumée du défunt, il était en effet dorénavant croyable que si un testament avait été écrit, les plus proches parents eussent été préférés aux agnats d'un degré plus éloigné.

10. — Nous avons vu que l'enfant n'était en droit civil l'héritier de sa mère que lorsque celle-ci se trouvait *in manu mariti*, comme elle était alors de par la loi, la fille de son mari elle devenait la sœur de son enfant qui, à ce titre, recueillait la succession. Ce système excluait donc les bâtards nés hors mariage, le bâtard adultérin de la femme *in manu* puisque le lien légal entre la mère et le fils était constitué par le mari et que la chaîne se trouvait alors rompue par le défaut de paternité de ce dernier.

Tout au contraire, lorsque vers la fin du vir^e siècle, le préteur se mit à accorder aux cognats une *possessio bonorum* spéciale, les bâtards qui se trouvaient au premier rang des parents naturels de leur mère furent appelés à la succession de celle-ci à la place des gentiles. Ils se trouvaient donc encore primés par les héritiers siens ou par ceux qui auraient eu ce titre s'ils n'avaient été émancipés et par les agnats ; aux premiers était donnée la « *bonorum possessio unde liberi* » ; aux seconds la « *bonorum possessio*

unde legitimi » qui primaient toutes deux la « bonorum possessio unde cognati ».

11. — Le mérite de faire de la loi la traduction exacte des sentiments de nature échu à l'empereur philosophe Marc Aurèle, sous le principat duquel fut rendu le senatus consul Orphitien (A. D. 178). Les enfants succéderont désormais à leur mère avant tous autres héritiers quelle que soit leur qualité, qu'ils soient *sui* ou *alieni juris*, qu'ils soient légitimes ou *vulgo concepti* (I. pr. at. 33 § h. t.).

Ce sénatus-consulte marque l'apogée du droit romain classique. Il était dû à la science des jurisconsultes qui avaient su dégager la nature irréfragable du lien qui unit l'enfant, quelle que soit son origine, à sa mère et qui, en refusant de reconnaître une paternité certaine, en dehors du mariage, conservait à celui-ci sa raison d'être et sa situation privilégiée. Cependant à l'encontre de ce qu'avaient décidé les lois athéniennes, aucune incapacité politique n'atteignait les bâtards. Ils étaient, nous l'avons dit, regardés comme citoyens romains; il est intéressant de remarquer que, bien qu'à Rome, l'adultère de la femme ait été sévèrement réprimé, les enfants adultérins, comme d'ailleurs les enfants incestueux, n'étaient pas notés d'infamie, leur naissance ne leur imprimait aucune tache honteuse quoiqu'ils fussent nés d'un commerce défendu, « *alienorum vitio laborantes, non indigni sunt misericordia* » (d'Anguesseau).

12. — Telles étaient les conquêtes de l'esprit humain, guidé par la science et la philosophie ; nous sommes bien forcés de constater qu'elles furent compromises par le christianisme à peine triomphant. On devrait s'en étonner parce que l'esprit d'égalité et de justice était à la base de la nouvelle religion. Pour quels motifs allait-elle donc se montrer si hostile aux bâtards et apporter, on pourrait presque dire comme don de joyeux avènement, une législation qui les opprime encore aujourd'hui ? Elle y fut amenée par plusieurs raisons d'ordre sentimental, d'ordre pratique et d'ordre métaphysique.

D'abord les chrétiens ayant en horreur le désordre des sens, ne purent se défendre d'une hostilité instinctive contre ses fruits ; ils s'imaginèrent qu'en rendant inférieure la condition de l'enfant né hors mariage, ils détourneraient les hommes de la fornication ; l'intérêt social exigeait à leurs yeux ce qui nous semble une injustice. Ils trouvaient équitable de ne pas attribuer aux bâtards une dignité égale à celle des enfants légitimes, parce que les uns nés dans le mariage qui est d'institution divine, provenaient en quelque sorte d'une coopération de leurs parents et de la divinité, tandis que les autres devaient leur existence à l'offense faite à Dieu. Ils étaient donc marqués d'une sorte de second péché originel, ce qui leur fit même au Moyen Age, refuser l'entrée des ordres.

Ces considérations expliquent et les dispositions du

droit impérial chrétien et celles du droit canonique ; nous croyons même qu'elles sont indispensables pour comprendre l'origine de ces sentiments de mépris pour les bâtards dont les motifs véritables sont devenus depuis longtemps inconscients mais qui dominent encore les masses.

DEUXIÈME PÉRIODE. — **Droit impérial chrétien.**

13. — Constantin, le premier empereur chrétien, fut aussi le premier à réagir contre une liberté, sacrée entre toutes, celle de disposer de ses biens en faveur de descendants qui, pour n'être pas nés d'un mariage légitime, n'en étaient pas moins du sang et de la chair du testateur. Les lois qu'il porta à ce sujet ne sont pas venues jusqu'à nous et leurs dispositions restent extrêmement incertaines, *obscura premuntur caligine* écrivait Godefroy. Cet auteur concluait toutefois des termes employés par Valentinien dans une constitution insérée au Code Théodosien (L. I., *de naturalibus liberis*) que Constantin aurait refusé aux bâtards toute part dans la succession de leurs pères, lorsque ceux-ci laissaient des enfants légitimes, ou des pères, ou des mères, ou des frères, ou des sœurs. Valentinien se montrera plus humain en permettant aux bâtards de celui qui avait eu des enfants légitimes ou dont les pères et mères n'étaient pas décédés de recevoir, par donation ou par testa-

ment, la douzième partie des biens de leur père ; dans les autres cas, il limitait la quotité disponible en leur faveur au quart de ces mêmes biens.

Valentinien III rétablit le droit que Constantin avait introduit, mais Théodose le Jeune remit en vigueur les dispositions dues à Valentinien I^{er} (Code théod. L. II, *de naturalibus filiis*).

Aucune distinction n'avait donc été faite jusque-là entre les enfants naturels simples et ceux nés de l'adultère et de l'inceste. De plus, malgré la défaveur qui, à mesure que l'Église prenait plus d'influence, s'accroissait à l'endroit des bâtards, il n'était pas encore venu aux empereurs chrétiens l'idée de modifier, en quoi que ce soit, l'ancienne législation qui leur attribuait sur les biens maternels la même part qu'aux enfants légitimes ; sous Justinien vont prévaloir des principes différents.

14. — Cet empereur, paré d'une gloire immortelle moins encore par la puissance militaire dont il disposa que par la grandeur de l'œuvre juridique qu'il fit entreprendre, tirait une vanité particulière des efforts qu'il avait tentés pour restaurer sur des principes nouveaux l'ancienne vie de famille. Nous le voyons se plaire à prendre dans les actes publics, à côté des surnoms pompeux des souverains orientaux, le titre d'*uxorius*, protecteur des femmes mariées. Cette préoccupation que rendaient plus obsédantes chez un despote soucieux de rétablir l'ordre, les

mœurs dissolues de Constantinople contrastant avec les exigences de la morale nouvelle, aboutit, en dépit de l'opinion courante, à une oppression plus grande des enfants naturels, à une cruauté barbare envers les infortunés incestueux ou adultérins.

15. — Par la loi 12, C. *de naturalibus liberis*, l'empereur explique que les bâtards n'ont droit de rien prendre dans la succession de leurs père et mère *ab intestat* (1), mais permet aux pères qui n'ont ni descendants légitimes ni mère, de donner ou léguer la moitié de leurs biens à leurs enfants naturels. Dans une seconde loi, il autorise les grands-parents à tester en faveur de petits-fils bâtards, nés de leurs fils légitimes ou des petits-fils légitimes nés de leurs propres bâtards, pourvu toutefois que ce ne soit pas au détriment de leur descendance légitime.

La raison qu'il en rapporte est qu'il n'y a pas, dans ce dernier cas, lieu de punir le vice du père.

« Filiis enim ; naturalibus relinqui Constitutiones quantum voluerint ideo prohibuerunt quia vitium paternum refrenandum esse existimaverunt ; in nepotibus autem non eadem observatio in præfatis speciebus custodienda est, ubi legitima minime soboles facit

1. Cependant Justinien ne mit point de restriction au droit qu'avait la mère de disposer en faveur de ses bâtards de la totalité de ses biens, sauf dans le cas où celle-ci était *illustris* et où elle laissait des enfants légitimes ou encore, comme nous le verrons plus loin, lorsque ses bâtards étaient issus de l'inceste ou de l'adultère.

impedimentum. Ea enim subsistente veterum constitutionum tenorem in naturalibus filiis statutum et in nepotes extendimus. » (C. V. XXVII. 12.)

16. — Dans une troisième constitution (Novelle 18. Ch. 3.) Justinien permet aux pères qui ont à la fois des bâtards et des enfants légitimes de disposer en faveur de premiers du douzième de leurs biens. Cette quotité est portée au quart quand il n'y a pas d'enfants légitimes. Dans ce cas, en l'absence de tout testament, l'empereur ordonna d'attribuer à la concubine et aux enfants qui ont pu naître d'elle le douzième de la succession pourvu que toutes les conditions exigées pour le mariage aient été réunies. Le bénéfice de cette loi ne s'étendait donc point aux enfants incestueux ou adultérins ou même aux enfants de celui qui possède plusieurs concubines « *odibilis quidem nobis est iste qui, talis est ; procul autem omnibus modis ex hac lege expellatur* », dit le texte. Déjà s'affirme chez Justinien une mentalité qui allait aboutir aux dispositions de la novelle 89.

17. — Cette novelle dans son douzième chapitre augmente la part qui peut-être faite aux bâtards en présence d'ascendants, ceux-ci ne peuvent désormais se plaindre s'ils ont reçu leur légitime ; elle donne ensuite aux bâtards le droit de réclamer des aliments dans la succession de leurs auteurs au détriment des héritiers légaux ; mais elle refuse cette faculté aux enfants incestueux et adultérins. Bien plus, elle défend

aux parents coupables de leur donner des soins ou de la nourriture ; elle leur conteste même le qualificatif de naturel. « *Omnis qui excomplexibus aut nefariis aut incestis aut damnatis processerit, uti neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habedit quoddam ad præsentem legem participium.* »

Justinien avait poussé l'inhumanité envers ces malheureux à un point que n'eût pu approuver le plus sectaire des docteurs chrétiens ; aussi verrons-nous le droit canonique revenir sur une telle décision et affirmer, au contraire, le devoir d'éducation des parents, quelles que soient les circonstances de la conception ; mais les autres déchéances portées par cette loi barbare seront maintenues, notamment l'interdiction faite à la mère aussi bien qu'au père de tester ou de faire des donations en faveur de bâtards incestueux ou adultérins. Ainsi décident encore les articles 335, 762 et 763 de notre Code dont il faut rechercher l'origine dans la législation justinienne.

18. — Il est important de remarquer que la prétention monstrueuse de séparer certains enfants de leur mère est venue de ce même législateur qui, par le système de successions des nouvelles 118 et 127 a réellement constitué la famille moderne. L'idée qu'une femme peut à son gré ou au gré de ses parents procréer pour un mari ou, au contraire, donner naissance à des enfants qui ne dépendront que d'elle-

même et qui commenceront une famille nouvelle, trouvait sa pleine expansion dans l'ancien droit romain. Elle devait être vivement combattue par le christianisme dont la morale s'oppose à la liberté des relations sexuelles. L'esprit religieux, ne regardant comme permise, que la procréation dans le mariage où la filiation paternelle est théoriquement aussi certaine que la filiation maternelle, devait amener une confusion entre l'une et l'autre et détruire les sages distinctions du droit ancien.

La fille perd le droit de disposer de son corps et pour la punir d'en avoir usé on s'efforce de l'atteindre dans sa descendance ; d'autre part, la famille légitime n'est plus considérée seulement comme un organisme social dont les lois peuvent être arbitraires, au gré de l'intérêt de l'État, mais comme le groupe naturel en dehors duquel il ne saurait plus y avoir procréation. Lorsque malgré les lois, naissent des enfants d'un concubinat, le législateur, hypnotisé par l'image du mariage, ne peut admettre que leur condition soit tout à fait différente de celles des enfants nés selon la norme ; il s'ingénie à leur donner un père, pour qu'ils soient tout de même des enfants de famille, mais d'une famille provisoire et frappée de déchéance ; il punit, en effet, ce lien de filiation qu'il s'est plu à découvrir et crée arbitrairement des incapacités de recevoir au détriment du bâtard. Que nous sommes loin de la logique du droit classique

parvenu à son apogée : au père, les enfants légitimes, à la mère les enfants naturels ; point de parias, ni de déchéances, liberté absolue pour le père de disposer de ses biens selon sa volonté, nécessité cependant de toujours respecter la justice qui exige que le père, fut-il incestueux ou adultérin, contribue à nourrir son enfant.

Au point de vue du droit public, ces bâtards demeurèrent cependant citoyens romains, sans que les hautes charges de l'état paraissent leur avoir été directement interdites. Ils étaient capables d'aspirer aux dignités et aux magistratures. « *Spurii decuriones fiunt et ideo fieri poterit ex incesto quoque natus, non enim impedienda est dignitas ejus qui nihil admisit.* » (L. L § 2, *de decurionibus*.) Toutefois la loi 14 paragraphe 3 (de *muneribus et honoribus*) porte que pour nommer aux emplois publics il faut tenir compte de la naissance et nous lisons dans la loi 2 paragraphe de *de decurionibus*. « *Spurios posse in ordinem allegi nulla dubitatio est sed si habeat competitorem legitime quoesitum, proferri eum oportere.* »

La légitimation des bâtards en droit romain

19. — Cette institution naquit de la défaveur qui s'attacha aux enfants naturels depuis Constantin. Elle se présente comme un remède à leur situation

subalterne et aussi comme une prime offerte aux parents des bâtards pour les engager au mariage.

L'enfant légitimé est plus ou moins complètement assimilé à l'enfant légitime ; il a acquis d'une façon générale les droits de famille parmi lesquels le droit de succession qui lui était précédemment refusé et tant que l'agnation a été maintenue, il s'est trouvé l'agnat de son père et de ses parents paternels.

Il a été relevé de toutes les incapacités qui l'atteignaient en vertu des décrets impériaux refrénant la licence des mœurs et s'est trouvé dans la société l'égal de son frère légitime.

La légitimation, œuvre des empereurs chrétiens, aurait pu leur être suggérée par les cérémonies du baptême, car, par elle comme par le baptême se trouve effacée une tache originelle, la tache de bâtardise ; par elle, également, une dignité nouvelle est conférée au bénéficiaire, celle d'enfant né d'une union consacrée par le droit divin et humain ; de telle sorte que la légitimation dont les partisans de l'égalité complète entre tous les enfants d'un même sang réclament aujourd'hui l'extension, provient d'une idée anti-égalitaire et quasi mystique, la différence de nature entre les fruits d'un mariage et ceux d'une union libre ; elle devrait donc logiquement disparaître le jour où bâtards et légitimes seraient assimilés ; elle a d'ailleurs été tenue dans l'ombre pendant toute la révolution française.

Tandis que notre droit n'ouvre plus qu'une voie à cette sorte de réhabilitation de la bâtardise, la voie dont le fondement était justement le plus mystique, tout au moins dans le droit du moyen âge, le mariage subséquent ; le droit romain connaissait jusqu'à six moyens d'y parvenir : c'étaient outre celui que nous venons d'indiquer, l'oblation à la curie, l'adoption, la légitimation par testament, par rescrit du prince, par la reconnaissance du père.

Mais nous ferons remarquer tout d'abord qu'à l'encontre de ce qui a lieu actuellement en France, l'effet en était subordonné à la volonté de l'enfant qui ne devait pas, malgré lui, être courbé sous la puissance de son père. S'il est trop jeune, il suffit qu'il ne contredise pas.

20. — Il importe d'abord de considérer quels enfants pouvaient être légitimés, et si, au Bas-empire, comme en France, le bénéfice de cette institution était refusé aux bâtards incestueux et adultérins qui font l'objet de notre étude. Justinien les en exclut nommément ; mais nous avons vu que pendant tout le droit classique ces enfants n'avaient point été les victimes d'une réprobation particulière. En fut-il autrement après l'avènement des premiers empereurs chrétiens et la sévérité des lois n'alla-t-elle pas jusqu'à leur interdire tout espoir de réhabilitation ? Les textes ne nous éclairent pas directement sur ce point, mais ils nous font connaître les conditions nécessai-

res à toute légitimation et nous permettent de conclure qu'elles ne pouvaient être réunies dans la personne d'un enfant né de l'inceste ou de l'adultère. Nous avons vu, en effet, qu'à Rome les *vulgo concepti* n'ont ni père légal ni même de père certain ; la reconnaissance telle qu'elle fonctionne chez nous était inconnue. Seul l'enfant né du concubinat avait un père certain en fait, sinon en droit ; la connaissance de la filiation paternelle devant de toute nécessité supporter la légitimation, il en résulte que seuls les enfants nés du concubinat étaient susceptibles d'une telle faveur. D'ailleurs nous verrons que le mode le plus important de légitimation, le mariage subséquent, n'a été introduit que comme remède au concubinat, que l'esprit du christianisme faisait considérer comme un désordre. Il était donc naturel que le remède ne fût appliqué que là où le mal existait.

Or, la loi *Julia de adulteriis* rendue sous Auguste énumère les conditions d'un concubinat régulier qui seul sera de nature à servir de base à la légitimation lorsque celle-ci sera introduite sous Constantin. Ces conditions sont au nombre de deux : que la concubine ne soit pas parente de son amant au degré prohibé et que ni l'un ni l'autre ne soient par ailleurs mariés. On voit donc que ce genre d'union n'était pas susceptible de fruits incestueux ou adultérins, et par suite, que ces derniers ne pouvaient jamais être

que des *vulgo concepti*, de pères inconnus, pour lesquels la légitimation n'était point faite. Il semble donc que l'étude de celle-ci, pendant le Bas-Empire, soit hors de notre sujet ; nous ne l'avons pas pensé, parce que la question principale de notre thèse est justement l'extension de la légitimation aux enfants incestueux et adultérins. L'étude de l'histoire de cette institution s'imposait donc à nous. Seule, en effet, cette étude nous montrera si c'est arbitrairement que certains bâtards ont été exclus d'une institution si favorable au bon ordre, puisqu'elle fait cesser le désordre et si, à un certain moment, il n'aurait pas été possible de faire rentrer les enfants issus « *ex damnato coïtu* », dans le nombre des favorisés.

A Rome, par exemple, il résultera de nos développements que les empereurs accordaient la légitimation lorsqu'ils y voyaient un intérêt social ; si les *vulgo concepti* étaient exclus, la seule raison en est dans l'inexistence de la reconnaissance à Rome ; chez nous, l'article 335 sera peut-être un jour abrogé ; si nous adoptons alors les vues des Romains, la seule question qui se poserait serait une question de convenance ou d'utilité sociale. Est-il profitable à la société que les bâtards incestueux ou adultérins puissent être légitimés ? Tandis que nous verrons que si, notre légitimation repose sur les principes qui ont triomphé en droit canonique, principes que nous exposerons ensuite, une pareille question ne peut

même pas se poser ? Or, les principes logiques mènent le monde et les idées abstraites ont une force qui brise toutes les coalitions d'intérêt ; voilà pourquoi il faut bien connaître les principes avant d'étudier les lois, ils sont le fil d'Ariane que l'histoire du droit nous permet de découvrir. Seuls, ils peuvent nous guider dans le chaos des discussions, des projets et des dispositions légales.

Légitimation par rescrit du prince et par testament.

21. — C'étaient les empereurs qui, arbitrairement dans l'intérêt supposé des mœurs, avaient frappé les enfants naturels de certaines déchéances ; l'autorité qui porte une loi conserve naturellement le pouvoir de faire fléchir, pour certains cas spéciaux, les règles qu'elle a établies. Le principe de notre Code civil, malgré les apparences, ne l'a pas répudié. S'il avait conservé la légitimation par rescrit du prince, c'eût été, en effet, au chef de l'État, étranger chez nous à la confection des lois, qu'il eut dû remettre le pouvoir d'en dispenser en faveur des bâtards ; mais ce droit qu'il a refusé au pouvoir exécutif, les chambres législatives le possèdent toujours, bien qu'on ne voie pas qu'elles puissent avoir l'occasion de l'appliquer.

A Rome, au contraire, l'empereur cumule tous les pouvoirs ; la légitimation par rescrit du prince allait

donc de soi et nous en constaterons la présence sous tous les régimes absolus. Justinien, dans la novelle 74 en fait le premier mention, mais plutôt que de dire qu'il s'est, par là, arrogé un droit nouveau, il serait plus juste de soutenir qu'il a limité lui-même son droit en affirmant qu'il ne l'utiliserait que si le père qui s'adressait à lui pour obtenir la légitimation de ses enfants, avait de bonnes raisons pour ne point utiliser la légitimation par subséquent mariage et s'il n'avait pas d'enfants légitimes.

Si le père réclamait cette faveur dans son testament, ses enfants devenaient ses héritiers et étaient dits légitimés, *testamento*.

22. — Mais les empereurs n'avaient pas toujours subordonné la légitimation des bâtards à une autorisation expresse et spéciale ; ils avaient déclaré qu'ils en accorderaient le bénéfice dans certains cas fixés d'avance et qui seraient susceptibles d'entraîner leur indulgence soit pour des raisons morales soit pour des raisons politiques. Ainsi la légitimation « per oblationem curiæ et per subsequens matrimonium » nous apparaissent comme des modes de légitimation par rescrit du prince, rescrit visant non plus un individu mais toute une catégorie de personnes se trouvant dans une situation déterminée et particulièrement favorable. Nous n'ignorons point que le mariage subséquent et l'oblation à la curie entraînaient légitimation avant qu'il n'eût été question dans les textes de

légitimation par rescrit du prince ; mais nous avons justement montré comment celle-ci découlait nécessairement de la constitution romaine et comment elle existait, par là même, avant d'avoir été nommée.

Légitimation per oblationem curiæ.

23. — Au temps du Bas-Empire, les curiales, sortes de conseillers municipaux des villes, étaient chargés de répartir les impôts que la cité devait payer et d'en assurer la perception sous leur responsabilité. Ils s'attiraient, par là, à cette époque de misère, la haine de leurs concitoyens ; heureux quand ils échappaient eux-mêmes à la ruine ! De telle sorte que leur situation constituait à la fois un honneur peu recherché et la base du système fiscal en vigueur. Théodose II et Valentinien III, pour augmenter le nombre des candidats, imaginèrent d'offrir aux parents des bâtards de légitimer ceux-ci s'ils consentaient à les présenter comme curiales. Les empereurs Léon et Anthemius dans la loi IV, C. *de naturalibus liberis* et Justinien dans la loi IX du même titre, confirment cette légitimation. Ce dernier dans la nouvelle 89 décide qu'elle pourra avoir lieu du fait du père ou de quelque autre ascendant, soit de leur vivant « teste populo vel actis intervenientibus », soit après leur mort par l'effet d'un testament. Une fille natu-

relle peut bénéficier de cette légitimation en épousant un curiale. On exige seulement que le bâtard soit propriétaire de 25 arpents de terre.

Un fils naturel pouvait même, de son propre mouvement, se légitimer en s'offrant bénévolement après la mort de son père au service de sa ville, pourvu qu'il n'ait point de frères ou sœurs légitimes.

Ce que cette légitimation offre de plus remarquable pour nous, ce sont ses résultats qui rappellent exactement ceux de notre reconnaissance d'enfant naturel ; les mêmes causes ont produit les mêmes effets à 1.500 ans de distance.

De même que le français du *xx^e* siècle peut reconnaître tel enfant qu'il lui plaît, de même au Bas-Empire, pourvu qu'on eut quelque fortune, on pouvait légitimer son bâtard, quel qu'il fut, en l'offrant à la curie.

La famille du père ne trouvait aucune garantie contre la basse extraction de cet enfant ni dans un mariage que leur fils eut sans doute hésité à contracter avec une femme d'une classe trop inférieure, ni dans l'approbation de l'empereur qui devait n'être donnée qu'à bon escient et permettait un recours ; de telle sorte qu'il fut décidé que le bâtard légitimé de cette façon tomberait bien sous la puissance paternelle mais ne deviendrait pas l'agnat des agnats de son père ; il n'entrait pas dans la famille civile de celui-ci.

La légitimation par mariage subséquent.

24. — Constantin ayant réduit la liberté qu'avaient les parents d'enfants naturels, de disposer pour le tout en faveur de ceux-ci, était par là amené à offrir, comme compensation à ceux qui auraient eu des bâtards sous l'ancienne législation, un moyen transitoire d'échapper aux rigueurs de la loi nouvelle; et comme cette loi nouvelle avait pour but d'enrayer le concubinage à l'avenir, ce moyen transitoire devait nécessairement concourir au même résultat en faisant cesser les concubinages déjà existants.

L'empereur offrit donc aux concubins de rendre légitimes les enfants déjà nés de leur union, s'ils consentaient à contracter mariage, pourvu toutefois que le père ne fut pas déjà marié et que la mère fut de condition libre. Le texte de Constantin a été perdu mais nous en connaissons les dispositions par une constitution de Zénon qui octroyait à nouveau les mêmes faveurs aux concubins de son temps. « *Divi Constantini qui veneranda Christianorum fide romanum munivit Imperium super ingenuis concubinis ducendis uxoribus, filiis quin etiam ex iisdem vel ante matrimonium vel postea progenitis, suis ac legitimis habendis sacratissimam Constitutionem renovantes, jubemus eos qui ante hanc legem ingenuarum mulierum nuptiis minime intercedentibus electo con-*

tubernio cujus libet sexus filios procreaverint, quibus nulla videlicet, uxor est, nulla ex justo matrimonio legitima proles suscepta, si voluerint eas uxores ducere, quæ antea fuerant concubinæ tam conjugium legitimum cum hujusmodi mulieribus ingenuis, ut dictum est, posse contrahere, quam filios utriusque sexus ex earumdem mulierum priore contubernio procreatos, mox postquam nuptiæ cum matribus eorum fuerint procreatæ, eos patri et in potestate fieri et cum his qui postea ex eadem matrimonio suscepti fuerint, vel solos, (si nullus alius deinde nascatur) tum ex testamento volentibus patribus etiam ex integro succedere quam ab intestato, petere hereditatem paternam. »

Mais ces décrets ne pouvaient profiter qu'à ceux dont les enfants étaient déjà nés lorsqu'ils furent rendus et le fait même qu'ils aient dû être répétés prouve que le nombre des ménages irréguliers n'en diminuait guère. L'opposition des parents au mariage avec une jeune fille pauvre, ou d'une condition inférieure, la crainte du dédain dans l'opinion publique engageaient souvent un homme à prendre une concubine au lieu d'une femme légitime, d'autant plus que l'Église ne condamnait pas encore cette sorte d'union, pourvu qu'elle se conciliât avec la monogamie (1).

1. Le concile de Tolède en l'an 400 autorise le concubinat et au VII^e siècle Isidore de Séville exprime la même opinion.

L'empereur Justinien décida donc de perpétuer les avantages que ses deux prédécesseurs avaient momentanément offerts pour rendre plus tentantes les *justæ nuptiæ*; il pensait justement qu'à un désordre qui se renouvellerait sans cesse il fallait un remède toujours prêt; mais il n'arriva à cette solution que par degrés. Tout d'abord par la loi I, du Code, *de naturalibus liberis*, il ordonna que si des concubins venaient à s'épouser et à concevoir par la suite; les enfants nés du mariage ne pourraient pas empêcher leurs frères conçus antérieurement de partager avec eux la succession paternelle. Cependant comme la condition de ces derniers restait incertaine, lors que le mariage de leurs parents était demeuré stérile, la loi II du même titre vint faire cesser toute difficulté en leur accordant la qualité de légitimes en toutes circonstances pourvu qu'il n'y eût point d'enfants légitimes nés d'un précédent mariage. « Sufficiat etenim talem affectionem habuisse (parentes) ut post liberorum editionem et dotalia efficiant instrumenta, et spem tollendæ sobolis habeant, licet enim hoc quod speratum est ad effectum non pervenerit, nihilo anterioribus liberis fortuitus casus derogare concedatur. »

Dans ce texte nous voyons apparaître l'idée que l'affection des parents l'un pour l'autre manifestée par un mariage tardif doit faire considérer l'enfant comme légitime. Nous retrouverons cette conception à la base de la légitimation chez les canonistes. Si l'on

admet que la nature des relations dont il est issu peut influencer sur la dignité sociale d'un homme, il est de bonne psychologie d'assimiler à l'enfant né du mariage, réputé union supérieure (parce qu'union persistante et fondée sur l'affection des époux), celui qui est né, de relations sexuelles inspirées par le même sentiment présentant le même caractère de fixité.

La novelle douzième étendit les dispositions de la loi XI, C. au cas où le père avait eu des enfants légitimes d'un précédent mariage et la novelle 18 chapitre 2 indique la manière dont un père de famille qui, avant d'être marié, a eu des enfants de son esclave, peut dans la suite les légitimer par mariage subséquent. Ainsi disparurent les conditions arbitraires que Constantin avait mises à la légitimation et dont l'esprit aristocratique était condamné par l'Église soucieuse, avant tout, d'assurer la liberté du mariage.

La novelle 89 constitue la dernière pierre de cette construction juridique qui est restée debout jusqu'à nos jours, en dépit des révolutions sociales ou morales. Elle permit de légitimer par mariage subséquent tous les enfants nés *ex soluto* et *soluta* pourvu qu'ils ne soient pas *ex damnato coïtu*.

Ainsi, la légitimation des enfants adultérins ou incestueux se trouvait explicitement interdite ; l'empereur voulait par là manifester à nouveau publiquement l'horreur qu'il avait de ces malheureux ; car une telle mesure, nous l'avons vu, était inutile ; les prin-

cipes de la légitimation s'étant toujours opposés à ce que le bénéfice en fut attribué à ces sortes de bâtards.

La légitimation par adoption.

25. — Nous avons vu que, dans l'ancien droit, un père de famille pouvait adroger et, par ce moyen, introduire dans sa famille civile ses bâtards, fussent-ils incestueux ou adultérins. L'adrogation était subordonnée, il est vrai, pour des motifs d'ordre religieux, à l'autorisation des pontifes et à l'approbation des comices. Avec la perte des croyances antiques s'étaient atténuées les exigences qui différenciaient l'adrogation s'appliquant à un *sui juris*, à un bâtard, par conséquent et l'adoption dont on usait pour un *alieni juris* et qui ne demandait que le consentement des intéressés.

Anastase reconnut l'adoption comme mode de légitimation des bâtards ; mais l'empereur Justin pour favoriser les bonnes mœurs l'interdit : « In posterum vero sciant omnes legitimis matrimoniis legitimam sibi posteritatem quærendam ; in justo namque libidinum desiderio nulla cætera ratio diffendit. »

Cette mesure était trop conforme à la mentalité de Justinien pour qu'il ne la confirmât pas, ce qu'il fit dans la novelle 74 chapitre 3 ; mais il introduisit ensuite un autre mode de légitimation dont les effets sont tout à fait semblables à ceux de la légitimation par adoption, bien que le principe en soit complète-

ment différent ; ce fut la légitimation par la reconnaissance du père.

Légitimation par reconnaissance du père.

26. — Ce n'est que par une sorte d'abus de langage que l'enfant, ayant bénéficié d'une telle reconnaissance, est traité de légitimé, on devrait plutôt dire qu'il est légitime.

En effet, le mariage n'était point à Rome un contrat exigeant des formes déterminées ; la constitution de dot, dont parlent les jurisconsultes, était une preuve, mais non une condition absolue, des *justæ nuptiæ*.

Justinien décida que lorsqu'un homme aurait dans son testament qualifié de fils un enfant d'une concubine, cela ferait présumer qu'il avait contracté mariage avec la mère. Cette décision provient certainement de l'influence de l'Église pour laquelle le seul consentement des époux, jointe à l'union charnelle, suffisait à créer le lien du mariage et qui désirait voir traiter ces unions secrètes, mais conformes à la morale, en unions légitimes. Il y avait donc là présomption de mariage et non légitimation.

L'étude que nous venons de faire nous a montré les principes chrétiens pénétrant le droit romain et le façonnant. Cependant les principes du droit classi-

que subsistent à côté de ceux de la morale nouvelle et la légitimation telle que l'ont introduite les empereurs paraît être une application de la vieille maxime : « *Salus populi suprema lex exto.* » La volonté du prince relève certains bâtards de leur déchéance pour les raisons les plus diverses, toutes d'utilité sociale, pour pousser leurs parents au mariage ou pour trouver des cautions en faveur de l'État ; de là sont nés, en effet, les deux modes de légitimation les plus employées ; le rescrit du prince étant une faveur spéciale.

Avec le droit canonique, nous allons voir triompher la logique pure qui, partant d'un principe mystique, construit toute une théorie de légitimation ; celle-ci reposera désormais non plus sur la faveur des hommes ou sur l'utilité sociale, mais sur la faveur de Dieu et sur l'efficacité du sacrement.

II. — LE DROIT FRANÇAIS

§ I. — PÉRIODE FRANQUE

Introduction au droit canonique

27. — Lorsque les barbares s'installèrent sur les débris de l'empire romain, ils apportèrent des coutumes et des lois qui n'étaient pas défavorables aux bâtards. Indulgents pour les dérèglements sexuels,

ils devaient l'être pour leurs fruits. Les rois de la race mérovingienne « avouaient » leurs enfants naturels et par là les rendaient aptes à participer au trône avec leurs enfants légitimes. Ainsi « Thierry », bâtard de Clovis, partagea le royaume avec Clodomir, Childebert et Clotaire, ses frères légitimes; Clovis, second fils légitime de Dagobert I^{er}, partagea aussi le royaume avec Sigebert, son frère bâtard (1). Enfin, sous les Capétiens encore, Louis et Carloman, bâtards de Louis le Bègue, évincent Charles le Simple né d'un mariage légitime.

Il faut ajouter que, seuls, les bâtards des grands étaient ainsi privilégiés; ceux des roturiers étaient serfs; ils n'avaient aucun droit de succession sur les biens de leurs père et mère qui cependant ne pouvaient leur refuser des aliments. Il faut voir là l'influence de l'Église. La pression lente et continue des sentiments chrétiens hostiles aux bâtards avait rencontré une résistance victorieuse dans l'affection que les grands portaient à leurs enfants, quels qu'ils fussent: elle s'exerçait au contraire d'autant plus efficacement à l'encontre des bâtards de petite naissance que les seigneurs y avaient trouvé un moyen commode d'augmenter le nombre de leurs mainmortables. En effet, ils avaient pu, sous le prétexte de leur condition inférieure dans le droit romain encore

1. D'Aguesseau.

appliqué aux autochtones et dans les doctrines de l'Église considérées comme d'origine divine, asservir les enfants issus de parents roturiers non mariés.

Cependant, telle est la force de logique des sentiments profonds et notamment des sentiments religieux que, si hauts qu'ils fussent placés, les bâtards des princes et des rois se virent également dépouillés de leurs privilèges. Déjà au ^{vi}^e siècle, l'idée qu'il ne fallait point faire de différence entre le vice des rois et celui des sujets, ne manquait pas d'être opposée aux prétentions des bâtards par ceux qui y avaient intérêt ; ainsi, Hermanfroy, roi de Thuringe, marié à une fille de Clovis, répond à l'ambassadeur de Thierry qu'il s'étonne « de voir son maître aspirer à l'empire quand il devrait plutôt songer à acquérir sa liberté dont il était privé de par le droit commun, en tant que bâtard ».

Mais, vers le ^x^e siècle, quand l'Église opposera aux coutumes variables des barbares un droit plus stable, et fort de son harmonie avec les croyances de l'époque, nous assisterons à un véritable phénomène d'osmose juridique ; le droit canonique pénétrera le droit civil. Baquet (traité du droit de bâtardise, chapitre 3) et Brodeau (sur Lanet, lettre D sommaire 1, n° 1) nous apprennent que Hugues Capet exclut les bâtards des rois de la succession au trône de France et interdit de les reconnaître dans la famille royale. « Quant aux enfants de princes et seigneurs, on peut leur ap-

pliquer ce que d'Aguesseau dit des bâtards en général. « Il y a bien de l'apparence que leur condition changea et qu'ils furent, pour lors, comme ceux des rois exclus de la succession de leur père (1). » Puisque telle fut l'influence du droit canonique sur l'évolution du droit français, ce nous est une raison de plus pour l'étudier attentivement, nous verrons ensuite comment il fut transposé dans nos coutumes.

Droit canonique.

28. — On pourrait trouver chez les canonistes de nombreuses dissertations sur les rapports du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel, relever dans le fatras des documents privés ou publics de multiples opinions plus ou moins contradictoires. Quelles que soient les théories adoptées, toujours les questions relatives à la validité du lien conjugal, c'est-à-dire aux conditions de droit et de fait de cette validité, sont considérées comme étant proprement du domaine ecclésiastique, ce qui revient à prétendre que seule l'Église a qualité pour légiférer en matière de mariage, que seuls ses tribunaux doivent être compétents pour décider d'une contestation relative à cette matière « *ad legem non spectat disponere de matrimonio* » dit Antonius de Buto.

Les rapports sexuels constituent, en effet avant

1. *Thèse Dervillers*. Des enfants adultérins.

tout, une question morale et c'est l'Église qui, dans la conception chrétienne, est chargée de régir les mœurs ; de plus, le mariage est un sacrement et ce n'est point au prince à décider dans quels cas un sacrement doit être administré et quels seront ses effets. Or, le principal effet du mariage est de rendre les enfants légitimes ; son effet possible est de rendre adultérin l'enfant né au mépris de sa foi et la première condition mise à la formation du lien conjugal est l'absence de la parenté à un certain degré ; les enfants nés d'une union dans laquelle cette prescription n'a pas été observée sont, par contre, incestueux ; c'est donc l'autorité qui fixe ce degré, qui par là même détermine les frontières de l'inceste. Toutes ces questions connexes au mariage se trouvaient, aux yeux des canonistes, être de droit ecclésiastique. Le Moyen Age était imbu de sentiments trop mystiques pour que le pouvoir séculier ait osé contester leur point de vue qui triomphe à partir du x^e siècle. Quels étaient donc les principes du droit appliqué en France par ces tribunaux ecclésiastiques et dans quels cas devait-on plaider à leur barre ?

Les décrétales des papes nous en fournissent de nombreux exemples, car souvent les parties en appelaient à Rome du jugement rendu ou les juges consultaient le Saint-Siège sur des points douteux ; les réponses du pape fixaient le droit.

Les questions de légitimité sont soulevées généra-

lement à propos des successions ; or, la dévolution des patrimoines était du ressort des cours séculières ; mais nous voyons les papes, notamment dans la décrétale que nous avons citée : « qui filii sunt legitimi » revendiquer à titre préjudiciel, le droit de décider si tel enfant est légitime, bâtard ou adultérin et se plaindre de la mauvaise volonté du juge laïque qui prétendait se réserver la connaissance intégrale du procès ; de plus, des époux, des concubins, pouvaient être déférés d'office au tribunal ecclésiastique pour s'entendre condamnés à la séparation, parce qu'ils n'avaient point respecté les empêchements du droit canon, parce que l'un d'eux était marié ailleurs ; dans ce cas, la décision du juge rendait les enfants issus d'une telle union incestueux ou adultérins. Ainsi, nous voyons dans la décrétale : « De eo qui duxit in matrimonium quam polluit per adulterium », chapitre V, le pape ordonner à l'Évêque de séparer deux époux unis après le veuvage de l'un d'eux et un long concubinage dont étaient nés des enfants adultérins « Nosti, dit le pape, quod leo papa statuit ut nullus ducat in matrimonium quam polluit per adulterium Nec certe aliquod iisdem J. M. adminiculum adferunt, ut simul maneant, quod decennio cohabitaverunt adinvicem, ac decem filios susceperunt quum multiplicatio probis ita susceptæ magis eorum crimen exageret et diuturnitas temporis, peccatum non minuat sed angmentet ».

Souvent, le souverain pontife se montrait plus indulgent et, *cognita causa*, autorisait la continuation du mariage, en vertu de son droit de dispense, afin que les enfants ne soient point privés de l'héritage paternel.

Enfin, on plaidait devant le juge d'Église les demandes en divorce fondées sur la nullité du mariage. C'est ainsi que nous voyons Philippe Auguste demander au pape la rupture de son union avec Ingelburge ; là encore le prononcé de la sentence pouvait faire d'enfants légitimes des enfants adultérins ou incestueux.

29. — Que faut-il donc entendre en droit canonique par ces termes ?

L'enfant adultérin est évidemment celui qui a été conçu au mépris d'un mariage valable en droit ; qu'il importe que le complice de l'adultère ait ignoré cette circonstance aggravante de sa faute « *danti operam rei illicitæ imputantur quæ adveniunt super voluntatem* » ? Pourtant ce point a été longuement discuté.

Pour savoir quels enfants étaient regardés comme incestueux, il suffit de connaître quels degrés de parenté ou d'alliance rendaient impossible le mariage ; en ligne directe, la prohibition était absolue, en ligne collatérale elle s'étendait au ¹¹e siècle jusqu'au septième degré canonique ; car dit Alexandre II on considérait la famille comme véritablement arrêtée à ce degré.

Mais l'on sait que les degrés de parenté étaient comptés sur une simple échelle, c'est-à-dire en descendant de l'auteur commun à la partie la plus éloignée, le septième degré, dans ce système, correspondait donc au quatorzième degré dans notre droit. L'abus était tel que le concile de Latran, en 1215, réduisit l'empêchement de consanguinité au quatrième degré, ce que Beaumanoir relate dans son chapitre numéro 8 : « Doit chacun savoir que nul ne doit épouser celle qui lui appartient de lignage avant qu'elle n'ait dépassé le quart degré. » Ainsi, les enfants de cousins du huitième degré (à la romaine) même après cette réforme étaient réputés incestueux. La parenté spirituelle engendrait aussi un empêchement qui s'étendait jusqu'au deuxième degré.

30. — Cependant il pouvait se faire que des enfants adultérins ou incestueux de fait fussent considérés comme légitimes, c'est lorsqu'ils étaient nés d'un mariage cassé pour cause de bigamie ou d'inceste mais déclaré putatif; nous nous trouvons là en face d'une institution proprement canonique, inconnue des Romains, d'une très grande portée au moyen âge et qui a passé dans notre droit. En quoi consistait-elle donc ?

Le mariage putatif offre un curieux exemple d'un acte nul de nullité absolue et qui produit cependant des effets importants en considération de la bonne foi des, ou tout au moins, de l'un des contractants; il suffit, en effet, que l'un des époux ait ignoré au

moment de la célébration le vice qui infectait le mariage pour que celui-ci produise tous ses effets en sa faveur et en faveur de ses enfants, non seulement tant que dure son ignorance, mais jusqu'au jour où l'apparence du lien conjugal est brisé par une sentence régulière.

Au moyen âge, la bigamie était fréquente, et, lorsque le mariage précédent avait été tenu secret, presque impossible à éviter par la partie de bonne foi ; il en était de même de l'inceste, on se perdait dans les généalogies ; on peut dire que la théorie du mariage putatif est née d'une nécessité pratique, mais il était bien établi en doctrine ; car si c'est la bénédiction de Dieu qui fait l'enfant légitime, cette bénédiction ne devait pas être refusée à ceux qui n'avaient rien négligé pour l'obtenir ; c'est pourquoi l'on exigeait que leur mariage ait été conclu *in facie Ecclesię*, de façon à ce que les bans aient été publiés et que par conséquent, les époux aient tenté tout le possible pour être renseignés.

31. — A l'égard des biens, le droit canonique n'avait pas à s'occuper des rapports de succession qui pouvaient exister entre les parents de l'enfant incestueux ou adultérin et ce dernier ; les successions étant matières de droit civil ; cependant les canonistes ont leurs théories sur la matière. Ils déniaient à l'enfant de cette nature le droit d'héritier de son père (chapitre 10 de la décrétale « qui, filii sunt legitimi »).

Pour ce qui est de la mère, les textes manquent, mais, comme le dit d'Aguesseau, il semble bien que l'esprit du droit canonique ait été d'exclure l'enfant naturel et par suite l'enfant adultérin. Cependant, plus, humain que Justinien, le pape veut que l'évêque, après avoir séparé les amants coupables d'adultère, tienne la main à ce que ceux-ci pourvoient aux besoins de leurs descendants. « *Sollicitudinis tuæ intererit, ut nterque liberis suis procreatis provideat et secundum quod eis suppetunt facultatis sustentationi eorum necessaria subministret.* » La même solution eut été admise pour les enfants incestueux.

L'obligation pour les parents de nourrir leur enfant était sanctionnée par une action appartenant à celui-ci ou à sa mère. Il n'y avait rien de semblable à nos articles 335 ou 340 ; la recherche de la paternité fut-elle incestueuse ou adultérine était libre devant les tribunaux ecclésiastiques.

Il ne faudrait pas en conclure que les canonistes empreints des idées humanitaires que le christianisme eut dû logiquement imposer, aient considéré ces malheureux comme égaux en dignité aux enfants légitimes ou même aux simples bâtards ; l'enfant légitime est à leurs yeux né d'un coït en quelque sorte consacré et il en doit tirer avec des grâces spéciales, un lustre particulier ; de telle sorte que nous voyons à partir du x^e siècle, les papes et les conciles prétendre à lui réserver l'accès du sacerdoce. Ainsi, dans

l'ancienne Rome, pouvait seul être flamine celui qui était issu de *nuptiæ confarreatæ*.

Ils en donnent notamment comme raison que les enfants naturels sont d'une espèce inférieure, maudite de Dieu et indigne d'approcher les saints autels. Regino de Brun ne prétendait en éloigner que les seuls incestueux et adultérins, mais le concile de Bourges en 1031 défend d'ordonner tous les bâtards « quia tales et omnes alii qui de non legitimo conjugio sunt nati semen maledictum in scripturis divinis appellantur (1) nec apud seculares leges hereditare passunt nec in testimonium suscipi ».

Malgré la résistance très grande qui fut opposée tant par les intéressés que par de simples théoriciens, au nom de l'égalité de tous les hommes également rachetés par le sang du Christ, cette thèse finit par prévaloir après des alternatives dont l'historique dépasserait le cadre de ce travail. Au XII^e siècle, c'est

1. Le concile vise ici le texte fameux du livre de la Sagesse dont voici la traduction :

« Mais les enfants des adultères n'auront point une vie heureuse et la race de la couche criminelle sera exterminée. Quand même ils vivraient longtemps, ils seront considérés comme des gens de rien, et leur vieillesse la plus avancée sera sans honneur. S'ils meurent plus tôt : ils seront sans espérance et au jour où tout sera connu, ils n'auront personne qui les console. Car la race injuste aura une fin funeste. » Les canonistes n'appliquent généralement ce texte qu'aux bâtards « imitatores paternæ incontinentiæ » mais ils semblent croire que c'est le plus grand nombre.

chose faite. Il est vrai que des dispenses peuvent toujours être accordées aux bâtards qui, loin d'imiter les vices paternels, se font remarquer par leur sainteté et cela, fussent-ils nés d'un inceste ou d'un adultère ; mais cette dernière condition rendait plus sévère à leur endroit. Ainsi, dès 1065, Alexandre II condamnant une union entre parents, au troisième degré, rappelle que les enfants qui pourraient naître seront incestueux et comme tels exclus de l'héritage paternel, des honneurs civils et ecclésiastiques.

Telle était la condition inférieure faite par le droit de l'Église aux enfants incestueux et adultérins, qui devaient être d'autant plus nombreux qu'aucune restriction n'était faite à la possibilité de rechercher la filiation ; un moyen de réhabilitation leur avait-il été du moins ménagé ? Nous avons vu pourquoi le droit romain leur refusait l'accès de la légitimation, mais en droit canonique, celle-ci ne va plus être subordonnée à l'existence d'un concubinat d'une certaine durée ; le long temps des relations hors mariage était considérée au contraire comme une aggravation de la faute des parents et comme rendant ceux-ci moins dignes encore d'indulgence ; rien, par conséquent, n'empêchait les canonistes de décider que des enfants incestueux ou adultérins pourraient être légitimés, L'ont-ils fait et, s'ils s'en sont abstenus, quel motif les y a déterminés ?

Il importe, pour répondre à cette interrogation, de

distinguer entre les trois modes de légitimation que reconnaissent les canonistes et de ne point confondre les solutions qui furent admises pour les bâtards adultérins et pour leurs frères incestueux.

32. — De ces trois modes de légitimation dont nous avons parlé, le plus pratique était sans contre-dit le mariage subséquent. C'est à partir du XIII^e siècle que le mariage est considéré par l'Église comme n'emportant plus seulement la légitimité des enfants conçus postérieurement, mais encore la légitimation (et il faudrait peut-être dire la légitimité) de ceux qui étaient déjà nés au moment de sa célébration. Ce point de vue avait été suggéré au pape Alexandre III par le droit romain dont la renaissance et la vogue dataient déjà de soixante-quinze ans. Mais si le pape adopte l'institution dans notre fameuse décrétale « qui filii sunt legitimi », il en modifie grandement le principe ainsi qu'il apparaîtra par l'étude du texte.

« Conquestus est nobis H. lator præsentium quod quum quondam mulierem neptem R. in uxorem acceperit, præfatus R. patruus mulieris ipsam exheredare conatur eo quod ante desponsionem matris suæ nata fuerit licet ; postea prout dicitur pater mulieris præfatæ, matrem ipsius acceperit in uxorem. Adeoque fraternitate vestræ per apostolica scripta præcipienda quatenus si est ita nullius contradictione vel appellatione, obstante, eam legitimam esse judicatis, prædicta R. ex nostra et vestra parte

inhibentes ne sœpe dictœ mulieri et heredibus suis, hac occasione super hereditate paterna molestiam inferat vel gravamen. Si autem contra hoc venire prœsumpserit, sublata appellationis remedia severitate ecclesiastica percellatis. »

La doctrine était nouvelle, en fait sinon tout à fait en droit, car l'existence de la légitimation par mariage subséquent avait laissé des traces dans certains recueils d'école. Ainsi le *Brachylagus* et le *Petrus* en font mention, mais elle n'était point entrée dans le domaine de la pratique; ce qui le prouve, c'est qu'avant le x^e siècle beaucoup de canonistes discutaient la question de savoir si l'on pouvait épouser sa concubine.

Le pape, sachant bien qu'il innovait, donne plus loin les raisons théoriques de son action en ces termes : « *Tanta est vis matrimonii ut qui antea sunt geniti post contractum matrimonium legitimi habeantur. Si autem vir, vivente uxore sua, aliam cognoverit et ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eandem duxerit nihilominus spurius erit filius et ab hereditate repellendus, præsertim si in mortem uxoris prius alteruter eorum aliquid fuerit machinatus quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt. »*

A la première lecture, il semble que les enfants incestueux dont il n'est pas fait mention, profiteront d'un mariage valablement contracté par leurs parents

après dispense, tandis que les enfants adultérins resteront toujours en dehors du champ d'application de cette mesure ; et c'est, sans doute, ainsi que l'entendait le pape. Il faut bien noter qu'à ses yeux, la légitimation n'était point une faveur, comme aux yeux du législateur romain, mais un effet propre et nécessaire du mariage, au même titre que la légitimité des enfants nés de celui-ci. Ce qui différencie en effet les enfants légitimes des enfants naturels, c'est que le coït dont les premiers sont issus est un acte religieux, de par l'effet du sacrement. Or, lorsque le mariage est célébré, la consécration ne s'étend pas seulement aux époux dont l'union est bénie, mais aussi aux fruits préexistants de cette union ; car il serait inconvenant que celle-ci, désormais sanctifiée, eut engendré des êtres illégitimes. La force du sacrement purificateur ne doit pas rencontrer dans le temps une barrière qui l'empêche de produire tout son effet utile. En réalité, les enfants déjà conçus en reçoivent une seconde naissance, selon l'ordre divin. Ce qui le montre, c'est la cérémonie qui, sans être obligatoire, était partout observée. On sait que, sous l'ancien régime, au moment de la bénédiction, on cachait les époux derrière un voile appelé poêle ; ce voile était censé abriter la consommation charnelle du mariage, nécessaire à sa perfection. Or, lorsqu'il y avait des enfants à légitimer, on les mettait sous le poêle avec leurs parents ; ils paraissaient ainsi issus de ces rela-

tions fictives. Et c'est même cette théorie qui permit au pape de ne pas présenter la légitimation comme une nouveauté. En vérité, celle-ci, dans cette doctrine, est aussi ancienne que le mariage chrétien ; seulement, elle en était un effet jusque-là méconnu ; le pape ne l'avait pas créée, il l'avait découverte. De ce que la légitimation est un effet nécessaire du mariage, il découle aussi qu'elle doit s'imposer à l'enfant sans que son consentement soit en aucune façon nécessaire ; car s'il est besoin d'accepter une faveur, il ne dépend pas de la volonté de l'homme de modifier les résultats d'un sacrement. Les canonistes ont tout de suite discerné ce point qui découlait de la nature des principes juridiques sur lesquels reposaient la légitimation ecclésiastique et c'est la première différence qu'ils notent entre elle et son aïeule du droit romain. Mais alors, pourquoi ne pas en étendre le bénéfice aux enfants adultérins, surtout lorsqu'on ne songe pas à en priver les enfants incestueux, issus d'un crime plus horrible encore aux yeux des canonistes.

C'est que, pour que le mariage produise ses effets (et parmi ceux-ci se place la légitimation), il est nécessaire qu'il existe non seulement en fait mais en droit. Or, du temps d'Alexandre III, l'adultère dont l'un des époux s'était rendu coupable était généralement considéré comme un empêchement dirimant du mariage avec son complice et cela n'était même pas

discuté lorsqu'il y avait eu entre eux des machinations contre la vie du conjoint trompé. Or, si nous relisons avec attention la décrétale d'Alexandre III, nous voyons que si le pape déclare que le mariage ne légitimera pas les enfants adultérins, c'est parce qu'il pense qu'il n'y aura pas mariage véritable, mais seulement apparence du mariage. En effet, s'il avait entendu que la légitimation était impossible pour tout autre raison, il n'aurait pas écrit qu'elle demeurerait surtout inefficace lorsque les parents avaient machiné la mort du précédent conjoint ; car cette aggravation du crime d'adultère ne modifie pas la nature des relations adultérines et par conséquent n'a directement rien à voir avec la légitimation des enfants. Seulement, si cette légitimation était subordonnée à la validité du sacrement, et si celle-ci était plus particulièrement contestée dans ce cas particulier, il est naturel que le pape se soit exprimé comme il l'a fait. Il faudrait donc en conclure que la légitimation des enfants adultérins a été possible en droit canonique, lorsque l'empêchement né de l'adultère a été levé (sous Innocent III) ; certains auteurs, tels Bœhmer en Allemagne, l'ont d'ailleurs soutenu ; mais cette doctrine si logique dans son principe et si féconde dans ses résultats ne triompha pas. Les canonistes en effet travaillèrent la matière de la légitimation et pour l'expliquer, au lieu de s'arrêter à l'idée que le sacrement en même temps qu'il sanctifiait l'union des concubins en légitimait les fruits, préfé-

rèrent soutenir que le mariage rétroagissait au jour de la conception des enfants. Comment cette opinion a-t-elle pu naître en face des termes de la décrétale, qui ne représente pas du tout le sacrement comme agissant dans le passé mais bien dans le présent ? On sait que le mariage en droit canonique n'était pas un contrat solennel et que la volonté de s'unir selon les règles divines, jointe à l'acte sexuel, suffisait pour l'établir. Or, pour qu'ils se soient décidé à convoler en justes noces, il fallait que les concubins aient eu l'un pour l'autre une affection maritale qui, somme toute, constituait la nature du lien conjugal ; leurs relations étaient donc par certains côtés un mariage secret ; sans doute le mariage n'existait pas puisque autrement il y eut eu légitimité et sacrement dès le début des relations et non plus légitimation et sacrement rétroactif ; mais, s'il n'y avait pas sacrement, il y avait matière à sacrement et celui-ci pouvait s'étendre en arrière comme une tache d'huile. La théorie triompha parce que son apparence scientifique la rendait séduisante, mais elle était fausse, pensons-nous, et conduisait forcément à l'exclusion des enfants incestueux et adultérins.

Elle était fausse, car elle ne permettait pas d'expliquer comment, lorsqu'il y avait eu mariage intermédiaire entre la conception et l'union qui légitimait, c'était l'enfant du premier mariage qui conservait le droit d'aînesse et notamment le droit à la succession

des fiefs. Si le sacrement rétroagissait et faisait de l'enfant légitimé un enfant légitime *in radice*, c'est celui-ci plus âgé et non son frère qui devait prendre la succession. Il en eût été tout autrement si l'on avait admis que le sacrement ne portait d'effet qu'à sa date et laissait intact le passé.

Puis, avec la théorie de la rétroactivité, la légitimation des enfants incestueux et adultérins devenait impossible, car on était amené à admettre que, pour que le mariage puisse prendre date du jour de la conception, il fallait qu'il n'y ait point eu alors d'empêchement à sa célébration.

Pour les enfants incestueux, les Parlements construisirent plus tard la théorie de la rétroactivité de la dispense et l'Église elle-même accordait des dispenses *in radice* dont nous parlerons à propos de la légitimation par rescrit du pape ; mais les enfants adultérins restent sans espoir, seule la légitimation par rescrit leur était applicable mais elle était pour eux infiniment rare.

On ne trouve en leur faveur qu'une seule coutume ; c'est celle qui finit par triompher et qui voulait qu'on s'attachât pour déclarer l'enfant adultérin non plus, comme l'eût fait décider la stricte logique, au moment de la conception, mais au moment de la naissance, lorsqu'il pouvait y trouver intérêt, par exemple lorsque le mariage qui le rendait adultérin s'était dissous pendant la grossesse de la mère. C'était un

souvenir du droit romain abusivement étendu dont il profitait.

On lisait en effet dans les ouvrages des jurisconsultes : « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* » et l'on ne pouvait pas dire que sous l'ancienne législation, il y avait bénéfice à être déclaré adultérin ; de plus, le droit romain considérait comme libre l'enfant dont la mère avait été libre à un moment quelconque de sa grossesse, on trouvait une raison d'analogie pour appliquer ce texte à l'enfant conçu dans l'adultère, mais dont les parents avaient été débarrassés du lien conjugal avant sa naissance.

Surtout, par humanité, on se réjouissait d'éviter à des innocents une flétrissure indélébile.

La légitimation par rescrit du pape

33. — Pour bien comprendre la portée et la nature de la légitimation par rescrit du pape, il est sans doute nécessaire de discerner la théorie qui la fonde, d'en considérer le jeu à travers l'histoire.

L'enfant légitime est celui qui est né de relations rendues, en quelque sorte, supra-naturelles par l'effet du sacrement. C'est toujours à ce point de vue qu'il en faut revenir si l'on veut comprendre les dispositions du droit canon sur les bâtards. Ce n'est pas ar-

bitrairement, en effet, que ceux-ci sont frappés de certaines déchéances ; le droit positif a tenu compte de leur infériorité naturelle provenant de l'espèce purement animale de coït qui leur a donné naissance. Cependant, par le fait même qu'ils s'agit bien du droit positif, le détail de ces déchéances est l'œuvre des hommes et celui qui a le pouvoir de lier doit toujours posséder comme corollaire la puissance de délier. Si les bâtards se trouvent privés de quelque avantage par une disposition des lois de l'Église, le pape pourra *cognita causa*, faire fléchir la règle en faveur de certains d'entre eux, particulièrement intéressants.

Ainsi, nous avons vu qu'à partir du x^e siècle les papes et les conciles interdisent de conférer les ordres sacrés aux enfants naturels, nul ne pouvait contester au pape le droit d'admettre certains d'entre eux que recommandait leur vertu.

Dans ce cas, le bâtard était assimilé à l'enfant légitime et plus tard lorsque, sous Innocent III, la théorie de la légitimation par rescrit du pape s'est formée on put lui en faire application. Mais les déchéances les plus pénibles qu'avaient à supporter les bâtards et notamment la privation du droit de succéder, étaient l'œuvre non plus du droit canon mais du droit civil et des coutumes ; il semble donc que le roi seul ait eu qualité pour intervenir. Un événement fortuit va encourager le pape à s'arroger ce pouvoir qui d'ailleurs

lui sera bientôt en fait enlevé, car la logique des principes le lui refusait ; la logique, qui est éternelle, triomphe toujours des hommes et des événements éphémères.

Philippe Auguste, ayant renvoyé sa femme Ingelburge sous le prétexte mensonger qu'elle était sa parente à un degré prohibé, s'était uni malgré la défense du pape Célestin III à une jeune fille d'une grande beauté, Agnès de Méranie. Il en avait eu une fille et un fils. Agnès étant morte, le roi qui n'avait qu'un héritier mâle voulut se rattacher ces enfants par des liens légaux ; aussi sollicita-t-il du pape une reconnaissance de légitimité en considération de la bonne foi dont il arguait, soutenant que l'interdiction de Célestin III ne lui avait point été communiquée et qu'il était persuadé de la nullité de son premier mariage avec Ingelburge ? cela est croyable (1) ; se borna-t-il à demander une légitimation qu'il aurait pu faire lui-même mais qui eut été sans grande valeur aux yeux des contemporains ? on ne sait. Quoi qu'il en soit, le pape, heureux d'accroître sa juridiction et ne pouvant guère, en tous cas, croire sérieusement à la bonne foi de Philippe-Auguste, répond par une légitimation que le roi, satisfait d'être arrivé à ses fins, ne refuse pas.

Mais comme il y avait là de sa part une initiative nouvelle et qu'on n'avait pas encore vu de pape légi-

1. Voir Genestal. *La légitimation en droit canonique*, p. 183.

timant *ad temporalia*, selon l'expression usuelle, mais seulement *ad spiritualia*, c'est-à-dire à seule fin d'admission aux ordres sacrés, Innocent III donne longuement la raison qui lui permet d'agir.

Il semble qu'il l'ait assez mal donnée; il aurait pu, somme toute, dire que ce qui faisait la distinction entre les enfants légitimes et les enfants illégitimes, c'était le sacrement qui avait assuré une grâce divine spéciale aux premiers et que Dieu dont il était, lui, pape, le représentant sur la terre, avait seul le pouvoir de suppléer par une grâce particulière au défaut de la grâce sacramentelle. Il préféra faire une sorte de raisonnement *a fortiori* et soutenir qu'ayant le droit de légitimer au spirituel, on ne peut lui dénier celui de légitimer au temporel car, qui peut le plus, peut le moins. Il serait d'ailleurs odieux, ajoute-t-il, qu'un individu légitime au spirituel ne le fut pas au temporel. C'était confondre les deux domaines et passer abusivement de l'un à l'autre. Innocent III le sentait bien lui-même car il ajoute que, en ce qui concerne les enfants de Philippe Auguste, il ne saurait y avoir de contestation puisque le roi ne connaissait pas de supérieur au temporel et ne pouvait s'adresser qu'au pape et dans la même année, répondant à Guillaume de Montpellier qui demandait également la légitimation de ses bâtards en alléguant le précédent de Philippe-Auguste, le pape répond que bien que très vraisemblablement et très probablement le

droit de légitimer lui appartienne, il craindrait en en usant en faveur d'un vassal du roi de France de léser les prérogatives de ce dernier.

Les canonistes durent donc s'ingénier pour fournir à la légitimation par rescrit du pape un champ libre où elle pourrait s'exercer sans rencontrer d'opposition de la part du pouvoir civil. Ils imaginèrent de la présenter comme une conséquence de la juridiction ecclésiastique en matière de mariage ; il arrivait, en effet, souvent que le pape accordait à des époux dont le mariage était nul, pour cause de parenté prohibée mais lointaine, la faveur de continuer à vivre ensemble et à profiter légalement de l'état de fait dont ils jouissaient. Leurs mauvaise foi n'était pas toujours un motif de sévérité surtout lorsqu'ils avaient des enfants que l'autorité ecclésiastique tenait à ménager par humanité. Ces enfants dont les parents avaient évité le *divortium* acquéraient par là même une légitimité de droit tandis qu'ils n'avaient auparavant que l'apparence de la légitimité ; il y avait donc en réalité légitimation et légitimation *ad temporalia* en dehors de toute intervention de l'autorité civile. C'est là le domaine que J. Andreae, et après lui le Panormitain assigne à l'exercice du pouvoir pontifical en dehors des cas tout à fait exceptionnels tels, que la légitimation des bâtards des rois. Dans ce dernier état du droit, la légitimation par rescrit du pape profitait donc uniquement aux enfants incestueux.

La légitimation par l'entrée dans les ordres religieux.

34. — Ce troisième procédé nous intéresse assez peu car il n'avait guère d'effets au temporel ; les religieux étant considérés comme morts civilement et ne pouvant à ce titre ni hériter ni faire aucun acte de la vie juridique ; il est nécessaire cependant de le noter, car il indique un sentiment moins défavorable aux bâtards qu'on semble ne considérer comme indignes que parce qu'ils sont présumés, tant par l'effet de l'hérédité que par le défaut de la grâce du sacrement, s'adonner au vice paternel ; beaucoup de canonistes voyaient dans cette présomption la seule cause des déchéances qui les frappaient et ils firent triompher l'opinion qui voulait que cette présomption cessant par l'entrée dans les ordres réguliers, signe d'une vertu particulière, son effet, c'est-à-dire la tache de bâtardise, cessât également.

Cependant Sixte V interdit de la façon la plus absolue l'entrée des monastères aux bâtards incestueux ou adultérins. Mais quatre années après, Grégoire XIV abrogea cette disposition rigoureuse de son prédécesseur. Il ne fallait pas que la tache de la naissance fit exclure les plus infortunés d'entre les bâtards, des asiles de la prière spécialement ouverts à ceux que le monde rejetait.

Telles sont les dispositions du droit canon à l'égard des enfants incestueux et adultérins ; elles sont d'une sévérité qui nous étonne de la part de prêtres chrétiens. Pour se l'expliquer, il faut tenir compte des mœurs du temps, du fanatisme qui naît trop souvent de la haine du péché, du dédain aussi qu'ont pour les choses de la terre ceux dont les regards sont sans cesse tournés vers la vie éternelle ; les biens et les honneurs de ce monde dont on privait les enfants illégitimes leur semblaient d'une faible importance à côté de l'espoir de salut qui ne leur était point refusé. Aussi nous lisons dans saint Thomas : « Et ideo non dicimus quod sit pœna alicui quod non succedit in regno aliquo per hoc quod non est filius regis et similiter non est pœna quod alicui, qui non est legitimus, non debentur ea quoe sunt legitimorum filiorum. »

§ II. — CONDITION DES ENFANTS ILLÉGITIMES DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

35. — *X^e, XI^e et XII^e siècles.* — Nous venons de voir les autorités séculières abandonner, à partir du x^e siècle, au pouvoir ecclésiastique, le soin de reconnaître quels enfants étaient légitimes, quels enfants étaient naturels ; mais, nous l'avons dit, les prérogatives de l'Église s'arrêtaient là et la condition juridi-

que des bâtards était fixée par la loi civile qui, tout en s'inspirant de conceptions religieuses semblables, variait cependant de province à province.

Dans un grand nombre de coutumes, les bâtards étaient serfs ; privés du droit de succéder, ils ne pouvaient non plus laisser aucun héritage « fors que de cinq sols » ; leurs biens revenaient aux seigneurs à titre de mainmorte ; ils payaient le droit de chevage et étaient soumis à la confiscation du tiers de leur avoir, dite indemnité de formariage, s'ils épousaient une personne d'une condition supérieure à la leur. Dans les provinces où la servitude n'était point en usage, les seigneurs n'héritaient des bâtards que lorsqu'ils venaient à mourir *ab intestat* par application du droit de déshérence.

Nous trouvons même pour xii^e siècle un texte qui indique en ce qui concerne les enfants adultérins un droit plus humain que le nôtre, des idées plus saines que celles qui prévalurent dans la première partie du xix^e siècle et qui se rencontrent encore sous la plume de Demolombe ; les assises de la cour des Bourgeois leur accordent la succession *ab intestat* de leur mère « c'est assavoir que les enfans d'une femme qui a plusieurs enfans, dès que les uns sont nés, estant la femme mariée qui sont appelés enfans baux et les autres sont nés non estant la dite femme mariée qui sont appelés enfans bastars ; ils peuvent hériter as biens de lor dite mère, auci les uns comme les autres...

car tous les enfans et les uns et les autres sont de son ventre issus et en celle engendrés par home... et dans tels enfans bastards et avautres (adultérins : *ab altero*) qui sont non dignes, peuvent et doivent hériter as biens de la mère, là où il n'y a nul mensonge que ils ne sont enfans de leur mère ». A cette époque, quel que fut le rang de leur père, les bâtards se voyaient exclus de la succession, mais l'influence de l'Église avait fait prévaloir, en leur faveur, un droit aux aliments auxquels leurs deux auteurs doivent également contribuer. Cependant les assises des Bourgeois permettent aux bâtards de recevoir de leur père des dons et legs, pourvu que leurs frères légitimes ou leurs grands-parents ne s'y opposent pas. Il y a là un emprunt aux coutumes germaniques.

Qu'ils fussent naturels, incestueux ou adultérins, les bâtards étaient frappés de l'incapacité générale de posséder et d'acquérir. (Ce qui s'entendait de domaines territoriaux.)

36. — *XIII^e siècle.* — Au *xiii^e* siècle, nous voyons les seigneurs tenter de s'opposer à l'exécution des testaments des bâtards dans les provinces où ceux-ci n'avaient point été réduits en servitude et où par conséquent ils avaient conservé le droit de disposer en matière mobilière mais un arrêt du Parlement de 1270 les déboute de leurs prétentions. Nous trouvons au *xiv^e* siècle en 1327, un autre arrêt dans le même sens. Les Établissements de Saint-Louis (1272-

1273) décident que l'enfant né d'un serf et d'une femme libre serait libre en vertu de la règle *partus ventrem sequitur* ; ils permettent à tous les bâtards, fussent-ils incestueux ou adultérins, d'aumoner leurs meubles ; à leurs femmes de prendre leur douaire sur leur succession mobilière, mais seulement en usufruit, le douaire devant être ensuite dévolu aux seigneurs ; toutefois le droit d'hériter même de leur mère leur est nettement refusé.

Nous voyons alors, pour la première fois, le roi prendre sous sa protection tous les bâtards et prétendre à leur succession s'ils ne meurent pas dans le domaine de leurs seigneurs ; de seigneurial, le droit de bâtardise tend à devenir royal.

Beaumanoir nous fournit aussi de nombreux renseignements sur les bâtards et en particulier sur les avoltres dont il donne la définition suivante : « *Li avoltres* sont-ils engencés en femmes mariées d'autrui que de lors seigneurs et hommes mariés. » Il est l'auteur d'une théorie qui devait faire fortune et assurer aux tribunaux séculiers le droit de connaître de la bâtardise, toutes les fois qu'elle se posera comme question préjudicielle dans une affaire immobilière et son opinion n'est même plus discutée au xiv^e siècle. Il confirme une fois de plus le droit qu'ont tous les bâtards mêmes : adultérins de réclamer des aliments à leurs parents, mais il leur dénie toute part de la succession, tant paternelle que maternelle. « Bien sa-

vent, tuit cil qui sunt bastart et qui bien le savent, par la connaissance de lor mère ou en autre manière qu'ils n'ont droit en nul descendentement. »

Cependant, il permet au père qui n'a pas d'enfants légitimes, de laisser à ses enfants naturels ses meubles et conquets et le quint de son héritage. Au XIII^e siècle encore, s'ils mouraient *ab intestat*, les bâtards ne transmettaient pas leurs biens à leur héritiers naturels.

37. — XIV^e siècle. — Au XIV^e siècle, nous voyons Philippe le Bel ordonner des enquêtes pour savoir à qui de lui ou des seigneurs devaient appartenir les biens des bâtards décédés dans les seigneuries particulières ; la plupart de ces enquêtes furent favorables au roi et de là naquit la jurisprudence qui n'accordait plus aux seigneurs le droit de bâtardise que lorsque le *de cujus* était à la fois né et décédé dans leurs seigneuries et que ses biens y étaient situés. Le grand coutumier rédigé sous Charles VI confirme cette jurisprudence à laquelle, cependant, certaines coutumes vinrent faire obstacle telles que celles du Bourbonnais, de l'Anjou et du Maine ; mais dès le XIV^e siècle, beaucoup de chartes privent le seigneur de la succession du bâtard lorsque celui-ci laisse des descendants légitimes, notamment la charte de Menvy en Bourgogne, en 1333, et lorsque le roi s'emparera des droits du Seigneur, la même restriction sera faite à son pouvoir. Ainsi l'affirme Jean des Mares. Bien

plus, Bouteiller nous apprend, dans sa *Somme rurale*, que la veuve d'un bâtard a droit à l'encontre du roi à l'usufruit de ses biens, le roi restant tenu des dettes.

En 1386, le roi Charles VI reconnaît aux enfants légitimes des bâtards le droit d'hériter *ab intestat* de leur père et son ordonnance est respectée sur ce point dans la rédaction des coutumes.

38. — *Du XV^e siècle à la fin de l'ancien régime.* — Ainsi pouvons-nous lire dans celle du Bourbonnais qui cependant réservait aux seigneurs haut justiciers le droit de bâtardise :

« L'ontient par la coutume du pays de Bourbonnais, que quand la droite ligne du bâtard meurt, le Seigneur Haut Justicier est héritier des biens étant en sa justice... » Nous trouvons une disposition analogue dans la coutume d'Anjou. François I^{er} en 1534 autorise les bâtards hommes d'armes à léguer leurs biens ; cette faveur reconnue à certains bâtards avait d'ailleurs été étendue à tous, par les coutumes, déjà, pour la plupart, rédigées et s'entend des biens immobiliers. Car dans beaucoup de provinces on reconnaît désormais aux bâtards le droit de posséder et d'acquérir. On fait peu de distinctions entre les enfants incestueux et adultérins et les enfants naturels simples. Aux uns comme aux autres, les coutumes reconnaissent la pleine liberté ; ils ne seront plus assimilés aux serfs il n'est plus question des droits de chevage et de formariage, les coutumes de Laon (art. 71) et de

Reims (art. 338), les abolissent même expressément et c'est, comme conséquence de cette liberté qui était de droit commun dans tout le royaume (1) qu'on leur attribuait la faculté de tester.

La coutume de Clermont s'y opposait, il est vrai, mais d'Aguesseau se demande s'il faudrait la respecter même dans l'étendue de son propre territoire. Cependant, nous trouvons parfois certaines limitations à la faculté de disposer à cause de mort laissée aux bâtards. Ainsi la coutume de Bretagne l'a refusée à l'enfant adultérin, aux incestueux et ne l'accorde d'ailleurs qu'à concurrence d'une certaine partie de leurs biens aux enfants nés *ex soluto et soluta*.

Les coutumes d'Anjou (art. 345) et du Maine (art. 355) ne font point cette distinction, mais posent également une restriction au droit de disposer des enfants illégitimes. Elles le limitaient aux meubles et à la tierce partie de leur héritage ou, s'ils ne laissaient pas d'immeubles, à la moitié de leurs biens meubles.

Nous trouvons des dispositions analogues dans les coutumes du Poitou : lorsque le bâtard décédait *intestat* et sans laisser d'héritiers légitimes, les coutumes, à part, celle de Saint Pol, sont d'accord pour décider que ses biens passent au Roi ou au Seigneur haut et bas justicier selon les pays.

Quant à la faculté de succéder à leurs parents *ab*

1. D'Aguesseau

intestat, les coutumes enregistrant le droit des époques précédentes, la refuse généralement aux bâtards, et plus spécialement aux bâtards nés de l'inceste ou de l'adultère. Ainsi la coutume de Valenciennes porte (art. III): « Si seront tous biens délaissés par lors autres bâtards étant d'autre nature (que ceux nés *ex soluto* et *soluta*) si comme de gens d'Église, d'adultère... et d'autres de semblable condition. »

Mais la plupart des autres coutumes étendaient cette règle à tous les illégitimes des deux lignes. Telles sont celles de Paris, de Melun, d'Auxerre, de Sens, d'Étampes, de Dourdan, de Montfort, de Mantes, de Senlis, de Clermont, de Valois, de Calais, de la Sale de l'Isle ; d'Artois, de Nivernais, de Bourgogne, de Cambrai, de Ponthieu, de Bar, de Sedan, de Tournay, d'Arras, de Montargis, de Normandie, de Blois, de Valençay, de Bourbonnais, d'Auvergne, de la Marche, du Poitou, de l'Angoumois, de la Bretagne. Cependant, dans d'autres provinces, on reconnaissait la nature particulière des liens qui unissent la mère à l'enfant et on autorisait entre eux la réciprocité du droit de succession. Ainsi la coutume de Valenciennes décide qu'il n'est point de bâtard de par sa mère.

Dans sa note sur la coutume de Saint-Omer, Dumoulin dit que les enfants adultérins ne sont pas exclus de la succession *ab intestat* de leur mère, mais seulement les enfants incestueux. La coutume d'Aire appelait les bâtards à la succession de leur mère lors-

qu'elle ne laissait pas d'enfants légitimes. La coutume de Théroouanne ne fait point de distinction et Bouteiller nous dit encore d'une façon générale interprétant les coutumes du Nord de la France : « Si saches qu'à la coutume de Flandres, de Cassel et de Thernois, nul n'est bâtard de par sa mère, et incertaine chose est du père et emportent de par leur mère succession, voire quand l'enfant n'a nuls enfans de loyal lit au jour de son trépas. »

Cependant sous l'ancien régime certains juriscultes, opposant le droit général du royaume et l'intérêt des mœurs, repoussaient l'observation de ces bienveillantes coutumes. Ainsi Rebuffe sur l'article 39 de l'ordonnance du roi Louis XII de l'année 1512 (page 383) prétend que l'incapacité de succéder dans la personne du bâtard est telle qu'elle ne peut être levée par une coutume contraire. Mais Dumoulin et après lui d'Aguesseau se prononçaient pour l'observation des usages locaux.

Il faut remarquer que dans la plupart des coutumes, la bâtardise n'était point considérée comme entachant les rapports du père bâtard et de ses enfants légitimes ni des époux entre eux ; les règles des successions étaient dans ces cas normalement appliquées.

Était-il possible aux parents de suppléer à la loi, en faisant à leurs bâtards des dons et des legs ? Là encore il faut distinguer entre les coutumes qu'on peut répartir en trois groupes ; les unes permettant

des dons à l'exclusion des legs. Telles sont celles d'Anjou (art. 345), du Maine (art. 355). D'autres se contentent d'interdire les dons immodérés et immenses (Melun, art. 397), sans distinguer s'ils sont faits entre vifs ou à cause de mort. La coutume du Poitou (art. 297) spécifiait que les libéralités faites aux bâtards par leur père ne devaient pas dépasser le nécessaire « pour les alimenter, nourrir et entretenir selon leur état ». La coutume de la Marche permettait cependant à la mère de laisser le tiers de ses biens à son enfant bastard ; elle ne mentionne pas de quotité-limite pour le père mais il semble qu'il faille entendre ce silence dans le sens de la prohibition. En Bretagne, les bâtards ne pouvaient recevoir qu'en usufruit les sommes nécessaires à leur entretien. En Normandie, on leur interdisait d'accepter de leurs parents les dons et legs immobiliers. D'Aguesseau nous prévient cependant que les enfants nés de l'inceste ou de l'adultère étaient parfois plus rigoureusement traités : mais quelle que soit leur origine, les bâtards peuvent partout la faire constater judiciairement, afin d'obtenir des aliments, et d'après Baquet qui écrivait au xvi^e siècle, la fille à même droit à une dot qui pour elle représente sa créance d'aliment. Ainsi, le christianisme, malgré sa réprobation pour les enfants illégitimes, avait fait passer dans le droit de nos pères des dispositions d'humanité que la rudesse de Napoléon ne conser-

vera pas. Ainsi, tandis que dans le droit moderne l'interdiction de la recherche de la paternité fait le plus souvent retomber le poids de l'éducation de l'enfant naturel sur la mère, en Bretagne le père était en principe seul obligé à l'entretien de son bâtard, la mère ne venant qu'à son défaut. « La plus grande partie des auteurs, écrit d'Aguesseau, ont aussi reconnu que quoique le père et la mère fussent l'un et l'autre obligés de nourrir leurs bâtards, cependant cette obligation regardait principalement le père et que celle de la mère n'était que subsidiaire. C'est le sentiment du Cardinal Paleota dans son traité de Nothis ; Corduza (*de partu legitimo*) est du même avis et regarde tellement l'obligation de la mère comme un dernier remède qu'il donne un recours à la mère qui a nourri son fils bâtard sur les biens du père, qu'il dit être le principal obligé. Surdus (*de alimentis*) décide aussi que le père est le principal obligé : c'était, ajoute d'Aguesseau, le sentiment ancien de la Tournelle ; mais de son temps, la jurisprudence commençait à changer et à décider que lorsque la mère était majeure, son obligation était égale à celle du père. » C'était d'ailleurs le sentiment de Pothier.

Il nous semble que l'ancienne jurisprudence était préférable parce que, de droit naturel, la charge d'entretenir les enfants semble appartenir au père. Or le droit civil doit autant que possible se modeler sur le droit naturel. Il est bon à ce propos de faire remar-

quer que jamais, avant la Révolution, celui-ci n'avait été violé aussi odieusement qu'il l'est depuis un siècle par notre fameux article 340. Il faut ajouter que le droit aux aliments était réciproque et pouvait être exigé des bâtards par leurs parents dans le besoin. Pothier dans son traité du contrat de mariage s'exprime ainsi : « Un bâtard est obligé, même dans le for intérieur, lorsqu'il en a le moyen, de fournir à ses père et mère qui sont dans l'indigence et hors d'état de gagner leur vie, les aliments nécessaires, lorsque les père et mère n'ont pas d'enfants légitimes en état de leur en fournir. »

Mais l'enfant adultérin n'était pas tenu de fournir des aliments aux parents de ses père et mère parce qu'il n'avait droit à aucune part de leur succession *ab intestat*. A ce sujet, nous pouvons noter que cette exclusion de la succession *ab intestat* n'emportait pas la défense de recevoir des dons et legs du moins dans la plupart des coutumes. Cette dépense leur était faite uniquement vis-à-vis de leur père et mère pour punir ces derniers de leur faute.

Les bâtards étaient encore tenus vis-à-vis de leur père et mère du respect extérieur que doivent tous les enfants à ceux dont ils sont issus ; la violation de ce devoir pouvait entraîner la perte de leur créance d'aliments. Il ne sont cependant pas soumis à la puissance paternelle, ainsi qu'il résulte d'un arrêt du Parlement de Paris du 1^{er} février 1662 décidant que

les bâtards n'ont pas besoins du consentement de leurs parents pour se marier.

Il nous reste à examiner maintenant quel nom portaient les bâtards et si, par cette marque extérieure, ils se rattachaient à la famille dont ils étaient issus par le sang. D'Aguesseau nous apprend que la noblesse, du moins celle de leurs aïeux, ne leur était pas transmise même par une légitimation provenant d'un rescrit du prince, à moins d'une clause expresse (une ordonnance du roi Henri IV de l'année 1606 défend en effet aux bâtards de prendre la qualité de nobles). Toutefois, les bâtards des rois sont princes, ceux des princes sont seigneurs, ceux des seigneurs sont gentilshommes ; nous trouvons-là une trace de la condition spéciale faite par le droit primitif aux enfants naturels des personnes illustres. Mais par exception, selon la coutume d'Artois, la noblesse est transmissible ; c'est là un effet de la faveur visible avec laquelle les bâtards étaient considérés dans les pays de l'extrême nord de la France.

On discutait vainement la question de savoir si les enfants nés hors mariage pouvait obtenir des offices et des dignités. Les coutumes, bien qu'elles ne semblent pas, à ce point de vue, faire grande différence entre les bâtards et les légitimes, étaient muettes. A la fin de l'ancien régime, on opinait à leur en refuser l'accès ; mais quoi qu'il en soit, la qualité de citoyen leur était partout reconnue et ils pouvaient

en tous cas devenir titulaires des charges mêmes les plus importantes après leur légitimation.

§ III. — LA LÉGITIMATION DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

L'ancien droit français reconnaissait deux modes de légitimation, la légitimation par mariage subséquent et la légitimation par rescrit du prince.

39. — Pour la légitimation par mariage subséquent, il respectait toutes les règles du droit canonique, avec cette seule différence que les Parlements faisaient produire à la dispense donnée par le pape, dans le cas de parenté assez éloignée entre les futurs époux, un effet rétroactif qui permettait de légitimer leurs enfants incestueux ; mais il y avait là plutôt une fausse interprétation du droit canonique qu'une disposition du droit français.

40. — Quant à la légitimation par rescrit du prince, notre droit en avait hérité du droit romain et les rois en usaient principalement en faveur de leurs bâtards. C'est ainsi que Louis XIV légitime les enfants de M^{lle} de La Valière et de M^{mo} de Montespan. Elle s'appliquait donc aussi bien aux enfants nés de l'adultère (ou de l'inceste) qu'aux naturels simples. Cependant son effet était loin d'être comparable à celui de la légitimation par mariage subsé-

quent. Elle ne valait d'abord qu'au temporel, c'est-à-dire qu'elle ne pouvait habiliter aux fonctions ecclésiastiques, mais elle assurait l'entrée de tous les emplois civils, levait l'incapacité de recevoir qui existait entre le bâtard et ses père et mère, tout en ne lui donnant pas le droit de succéder *ab intestat* à moins d'une autorisation des héritiers légitimes. On se demande si elle soumettait les bâtards à la puissance paternelle. La question était fort débattue ; d'Aguesseau penche pour la négative et nous apprend que son avis avait été partagé par la majorité d'une commission judiciaire qu'il avait présidée.

Tel était le dernier état du droit que la tourmente révolutionnaire devait effacer au nom de l'égalité de tous les citoyens devant la loi. Mais, le mouvement en faveur des bâtards amènera une réaction dont l'effet se fait encore sentir aujourd'hui car il importe de ne pas oublier que notre droit monarchique, bien qu'il les ait considérés comme « non dignes », assurait aux enfants naturels, même nés de l'inceste et de l'adultère, un droit effectif aux aliments, sanctionné dans tous les cas par une action judiciaire ; que, d'après l'avis commun, la fille adultérine pouvait réclamer à son père une dot en rapport avec les moyens de celui-ci ; bien mieux, dans certaines coutumes, nous l'avons vu, l'enfant adultérin ou incestueux héritait *ab intestat* de sa mère et dans bien des endroits l'incapacité de recevoir de ses parents

par dons ou par legs était moins déterminée qu'elle ne l'est actuellement. Enfin, le caractère incestueux ou adultérin de sa filiation n'enlevait pas à la personne qui en était affligée tout espoir de réhabilitation, puisque la légitimation par rescrit du prince lui était applicable. Sans doute, l'emploi qui était fait de cette institution constituait une injustice, mais par elle-même, elle était susceptible de résultats heureux ; par exemple, elle eût pu n'être appliquée qu'aux enfants adultérins dont les parents venaient ensuite à s'unir. Nous avons vu que déjà les papes s'étaient servi du rescrit pour légitimer, dans ce cas, des enfants incestueux.

§ IV. — DROIT INTERMÉDIAIRE.

41. — Nous avons vu qu'au moyen âge la condition des enfants naturels avait sans cesse évolué à mesure que se modifiait l'esprit public. La réduction des coutumes vint arrêter ce mouvement ; aussi tandis que deux siècles plus tard, la philosophie humanitaire des encyclopédistes avait bouleversé les consciences (en ce qui touchait les rapports de familles notamment), le statut de la bâtardise restait réglé par un texte désuet, inspiré à la fois des conceptions chrétiennes et des principes de la féodalité.

Ce désaccord très général entre la législation et les idées nouvellement adoptées, allait, à la faveur des

difficultés financières, soulever la grande tempête révolutionnaire. L'inégalité et la dépendance des citoyens qui était le fondement de l'ordre alors établi dans la famille et dans la société, paraissaient toutes artificielles et les conceptions purement rationnelles et logiques des philosophes semblaient d'accord avec les volontés de la nature, réputée équitable et sage.

Les réformateurs de 1789 qui avaient été à l'école de Rousseau et s'étaient gardé d'oublier les boutades de Voltaire se proposaient seulement de « consacrer pour la première fois sur la terre, dans les institutions d'un grand peuple, toute l'égalité de la nature ». Ce principe, officiellement adopté, contenait si bien en lui-même l'assimilation des enfants naturels incestueux ou adultérins aux enfants légitimes que la loi de brumaire an II, qui consacre cette assimilation, fait remonter ses effets au 14 juillet 1789, au triomphe de la Révolution. Au dire de ses promoteurs, il n'y avait point là d'effet rétroactif.

Il fallut attendre cependant cinq années pour que le développement logique des théories révolutionnaires amenât la Convention à jeter bas la législation de l'ancien régime sur la filiation hors mariage ; c'est là, un exemple des plus frappants de la lenteur avec laquelle les Parlements, encombrés par la besogne politique, accomplissent les réformes d'ordre purement juridique. Les revendications, au sujet de la condition des bâtards, s'étaient déjà exprimées dans les cahiers

des États Généraux, mais d'une manière timide, en dépit de l'emphase employée. Ce ne fut que d'une façon très indirecte et par l'abolition des droits féodaux dans la nuit du 4 août que les enfants naturels furent relevés des incapacités qui les frappaient en droit public. Et le 13 avril 1791 l'Assemblée Constituante supprima explicitement les derniers restes du droit de bâtardise.

Les droits politiques et l'égalité devant la loi, pour précieux qu'ils soient, ne sauraient suppléer les droits de famille et notamment le droit de succession dont restaient privés les bâtards. Aussi les pétitions et les doléances se multiplient-elles pour faire cesser un état de choses si contraire à l'Égalité.

Le 6 avril 1790, Peuchet, le 25 mars 1792, M^{me} de Granval s'adressent l'un à l'Assemblée Constituante, l'autre à l'Assemblée législative, pour obtenir au nom de la nature que fut réhabilitée une classe de citoyens « méconnue de la loi civile ». Le premier ne put même faire prendre sa demande en considération ; la seconde, en faveur de qui militait la galanterie française, obtint cette réponse du président : « Madame, les droits de la nature sont, pour un peuple libre, la première de toutes les lois. L'Assemblée nationale donnera toute son attention à l'intéressante pétition que vous venez de lui présenter. »

Cette promesse faite à M^{me} de Granval ne fut tenue que trois ans plus tard ; ce fut par une loi

transitoire destinée à régler le passé, ne s'occupant accessoirement que d'un avenir prochain, mais qui reste néanmoins le seul document important de l'époque révolutionnaire sur la question de la filiation hors mariage. Ainsi aboutit l'effort de ceux qui voulaient substituer aux coutumes archaïques le droit « sacré » de la nature, mais qui, semblables aux anciens sages de la Grèce, crurent découvrir la nature par les efforts de leur imagination au lieu de recourir aux méthodes rationnelles.

Pour hâter le vote des dispositions nouvelles sur la filiation hors mariage on n'agitait pas seulement dans les clubs et dans les journaux la nécessité de faire prévaloir une plus grande justice ; Chabot notamment menait la campagne en faisant ressortir qu'admettre aux successions un plus grand nombre de copartageants, c'était diminuer le nombre des grandes fortunes et ruiner la force des riches bourgeois hostiles, comme les aristocrates, à la Révolution.

42. — Cette pression de l'opinion publique amène la Convention à nommer le 7 mars 1793 un comité de législation chargé d'élaborer un projet de décret sur la condition des enfants naturels, incestueux et adultérins. Le 4 juin, Cambacérès, au nom de ce comité déposait un rapport dans lequel il s'exprimait ainsi : « La différence, qui existe entre les enfants légitimes et les enfants naturels, est-elle juste ? Peut-il y avoir deux sortes de paternité ? Présenter ces questions à

des législateurs philanthropes c'est préjuger leur solution. Ce serait leur faire injure que d'oser croire qu'ils fermeront l'oreille à la voix incorruptible de la nature, pour consacrer à la fois et la tyrannie de l'habitude et les erreurs des jurisconsultes. Aussi je ne crains pas de vous proposer de placer dans la famille les enfants naturels nés de personnes libres presque au même rang que les enfants légitimes sauf quelques différences en faveur de ceux-ci et uniquement dans la vue de favoriser l'institution du mariage. »

La Convention adoptant la conclusion de ce rapport « décrète que les enfants nés hors du mariage, succéderont à leurs père et mère dans la forme qui sera déterminée » et charge son comité de législation de présenter dans le plus bref délai un travail « tant sur le mode d'adoption que sur les successions en général » qui fixerait les droits successoraux des enfants naturels. En attendant et dès le 31 juillet suivant, l'Assemblée ordonne de suspendre tous les procès relatifs aux bâtards afin de les soumettre à la nouvelle législation.

Cependant les termes dont s'était servi Cambacérès dans son rapport, suscitèrent des craintes parmi ceux qu'intéressait le sort des enfants incestueux et adultérins ; il semblait en effet qu'en ne parlant que des enfants nés de personnes libres le rapporteur ait voulu les exclure du bénéfice de son profit.

Cambacérès lui-même a soin de dissiper ces inquié-

tudes par deux lettres dans lesquelles il affirme la portée extensive du décret du 4 juin. Aux doléances d'un enfant adultérin qui se plaignait d'être exclu de la succession paternelle par des parents au quatrième degré il écrit : « Citoyen, le sort des enfants naturels ne peut plus être équivoque ; à leur égard, le principe est consacré par le décret rendu à la suite de mon rapport. J'espère qu'ils n'auront pas à se plaindre des articles de développement et de détail. »

A un père adultérin qui le félicite des opinions émises dans son rapport et qui demande l'assimilation complète de tous les enfants, quelle que soit leur origine, Cambacérès répond d'autre part : « Citoyen, le suffrage des hommes de bien est la plus douce récompense de ceux qui se dévouent au service de leur pays. J'attache un prix infini aux applaudissements que vous donnez à mon rapport sur les enfants naturels et au décret qui en a été la suite. Le principe est consacré et c'est déjà un grand pas. Les articles de développement et de détail ne tarderont pas à occuper l'attention du comité et celle de la Convention nationale. Je félicite le jeune citoyen qui vous doit le jour de n'être pas la victime de nos vieilles erreurs et de nos atroces préjugés. »

Ces articles de détail devaient figurer au Code en préparation. On se proposait d'y adjoindre des dispositions transitoires pour fixer le sort des enfants déjà nés, et dont les droits considérés comme acquis,

en vertu de la seule possession d'état, ne pouvaient être entièrement soumis à la réglementation nouvelle.

Le 9 août 1789 les articles du projet de Code étaient provisoirement votés ; il y était décidé en conformité avec le principe admis le 4 juin que les enfants naturels seraient à l'avenir complètement assimilés aux enfants légitimes ; mais, et c'était une suite nécessaire de l'étendue des droits qui leur étaient concédés, leur filiation à l'égard de leur père ne pourrait être établie que par une reconnaissance formelle devant l'officier de l'état civil, faite par le père assisté de la mère. La paternité étant de sa nature occulte, il était en effet impossible de laisser au juge la latitude d'en imposer sur des présomptions la charge à un homme non marié avec la mère du moment qu'on lui attribuait de telles conséquences.

Quant aux enfants naturels déjà nés et dont la filiation était prouvée, l'appendice qui leur était consacré portait qu'ils devaient être admis aux successions de leurs père et mère ouvertes depuis le 14 juillet 1789 ou qui s'ouvriraient à l'avenir.

Cette distinction faite entre des enfants qui ne différaient que par leur date de naissance était d'une si grande portée (puisque les uns ne devaient rien attendre que la bonne volonté de leur père tandis qu'aux autres, on permettait de faire librement la preuve de leur filiation) que l'Assemblée en fut cho-

quée. Après des débats assez vifs on se mit d'accord pour n'inclure dans le Code et ne voter que les articles concernant les enfants à naître, les dispositions transitoires furent renvoyées au comité de législation pour être retouchées et former une loi spéciale qui fut la loi du 12 brumaire an II.

Le 13 brumaire, le Code aurait dû être adopté en dernière lecture mais après celle-ci la Convention décida de surseoir à la promulgation de son œuvre afin de lui faire subir une nouvelle révision.

La loi du 12 brumaire, simple accessoire d'un projet de Code, qui ne vit jamais le jour, demeura donc le statut organique de la filiation hors mariage pendant la période révolutionnaire.

Comme elle n'avait eu pour objectif que de régler le passé ou tout au plus un présent immédiat elle n'avait prévu aucun des principaux problèmes qui allaient se poser au juge et susciter un véritable chaos de décisions contradictoires. Malgré la multitude des lois qui prétendirent mettre un peu d'ordre dans ce désordre, on n'aboutit à une doctrine certaine qu'à la suite de la réaction trop violente du Code Napoléon.

Loi du 12 brumaire an II

43. — Cette loi prend soin de déterminer dans son article 1^{er} le champ de son application. Elle ne concerne que les « enfants actuellement existants, nés

hors du mariage ». Elle déclare les admettre aux successions de leurs père et mère ouvertes depuis le 14 juillet 1789 et à celles qui s'ouvriront à l'avenir jusqu'à la promulgation du Code en leur attribuant des droits de successibilité égaux à ceux des autres enfants (art. 2). Ils ne pourront toutefois déranger de leur chef les partages faits, mais prendront leur part sur les lots existants (art. 3). Les articles 5, 6, et 7, fixent dans le détail les droits des enfants naturels dans les successions déjà ouvertes ou partagées. L'article 8 indique de quelle façon les enfants qui voudront exercer ces droits dans la succession de leur père (déjà) décédé devront prouver leur filiation. « Cette preuve ne pourra résulter que de la représentation d'écrits publics ou privés du père, ou de la suite des soins donnés à titre de paternité et sans interruption tant à leur entretien qu'à leur éducation ». Il est ensuite dit explicitement que « la même disposition aura lieu pour la succession de la mère ». Il n'est pas question dans cet article de la reconnaissance que le législateur avait l'intention d'exiger dorénavant comme unique preuve de la paternité naturelle (ainsi que nous l'avons vu en étudiant le projet de Code), mais qu'il eût été absurde de réclamer des enfants dont les parents étaient morts avant le vote de la loi, c'est-à-dire avant d'avoir pu soupçonner l'existence de cette formalité nouvelle. Le législateur était bien forcé de se contenter pour

ce cas, de la possession d'état qui, jusque-là, établissait la filiation naturelle aussi bien que la filiation légitime et que le défunt avait dû croire suffisante pour faire reconnaître légalement sa paternité.

L'article 7 s'occupe du droit de l'enfant naturel à la succession de ses parents collatéraux, il l'assimile encore à l'enfant légitime, mais sans aucun effet rétroactif.

L'article 9 soumet explicitement aux dispositions du Code civil l'enfant même né antérieurement au 12 brumaire, dont les parents seraient encore « existants lors de la promulgation du code ». C'était là la principale modification faite, par la commission, à son projet primitif dont les dispositions transitoires réglaient définitivement la situation de l'enfant déjà né.

L'article 11 vise les enfants dont la mère viendrait à disparaître avant l'adoption du Code civil. Faisant allusion à la reconnaissance que le législateur avait l'intention d'imposer au père naturel, il déclare que dans cette hypothèse spéciale « la reconnaissance du père, faite devant un officier public, suffira pour constater à son égard l'état de l'enfant né hors du mariage et le rendre habile à lui succéder. » On appliquera, somme toute, la règle que le Code civil rendra générale et d'après laquelle il n'est point nécessaire que la reconnaissance du père pour être valable soit corroborée par l'aveu de la mère. L'ar-

ticle 12 étend cette exception au cas où « la mère serait absente ou dans l'impossibilité absolue de confirmer par son aveu la reconnaissance du père ».

Ces deux articles les plus obscurs de la loi et qui sont tout à fait incompréhensibles si l'on ne se rapporte pas aux dispositions du code alors en préparation, suscitèrent de vives controverses étant donnée l'inexistence légale de ce dernier tant qu'il ne serait pas définitivement adopté. On sait qu'il ne le fut qu'en 1804 et sur des bases toutes différentes.

44. — Quels étaient les caractères de cette reconnaissance dont parlait la loi ? Constituent-ils pour le père naturel désireux de faire reconnaître sa paternité une précaution utile afin d'établir la possession d'état de l'enfant ? Était-elle rendue nécessaire ? En son absence la possession d'état devenait-elle tout à fait inefficace ? Il était certainement dans les intentions du législateur d'en décider ainsi ; parlant de la possession d'état il limite nettement au passé son champ d'application. Il comptait qu'elle serait quelques jours plus tard rayée définitivement du nombre des preuves de la paternité naturelle.

Mais exiger la reconnaissance dans le silence de la loi de brumaire qui se contente d'y faire allusion, sans en faire nulle part une obligation, c'était donner effet à des dispositions légales non votées et sur lesquelles le législateur pouvait parfaitement revenir. C'était sortir de la légalité pour entrer dans l'arbi-

traire. Aussi la plupart des jurisconsultes et des tribunaux avaient d'abord pensé qu'il convenait d'étendre aux successions ouvertes depuis le 12 brumaire le mode de preuve de l'article 8.

« Cet article, disaient-ils, embrasse tous les droits ci-dessus, c'est-à-dire tous les droits accordés par les sept articles précédents. »

« Or, de ce nombre est l'article 1^{er} qui règle les successions qui s'ouvriront après le 12 brumaire. »

« Donc, pour recueillir une de ces successions il suffit d'avoir en sa faveur une des preuves requises par l'article 8. »

« La seconde disposition de l'article 1^{er} cité comporte une réserve, mais cette réserve ne s'applique, d'après l'article 10 qu'aux successions postérieures à la promulgation du code. »

C'était ne pas tenir compte du terme « décédé » de l'article 8 qui bien que peu décisif en lui-même devient très clair si l'on se rappelle l'intention certaine du législateur de proscrire pour l'avenir la possession d'état comme preuve de la paternité naturelle.

Aussi, assista-t-on, lorsque l'opinion publique devint moins favorable aux infants naturels à un revirement de la jurisprudence.

Le tribunal civil de Saône-et-Loire, éprouvant des scrupules à créer la loi, comme on arrivait à le faire aussi bien en se contentant de la possession d'état

qu'en exigeant la reconnaissance, ordonne par un jugement du 22 nivôse an V qu'il en serait référé au Corps législatif par l'intermédiaire du ministre de la Justice. Celui-ci devant le Directoire exécutif soutint que la reconnaissance devait être exigée pour admettre l'enfant à la succession et qu'en son absence, devant une simple possession d'état, le silence de la loi laissait survivre provisoirement et jusqu'à la discussion du Code la législation ancienne qui n'assurait aux enfants naturels que des aliments. Il se fondait sur les travaux préparatoires qui avaient bien spécifié qu'à l'avenir étant donnée l'importance toute nouvelle attachée à la filiation naturelle, on ne tiendrait plus compte, pour l'établir, de la possession d'état sur les articles 1^{er}, 10, 11, 12, où cette intention se trouve manifestée jusqu'à l'évidence « et où l'esprit du législateur respire tout entier » (1).

Le Directoire exécutif ayant transmis au Conseil des Cinq-Cents l'arrêt ci-dessus mentionné, le Conseil fut d'avis d'accorder sur la simple possession d'état, la totalité de ses droits de filiation à l'enfant naturel, mais sa résolution fut rejetée par le Conseil des Anciens « par le motif qu'il convient d'exiger un titre plus solennel et plus authentique pour succéder que pour obtenir de simples aliments ».

1. Rapport de Merlin, ministre de la Justice, devant le Directoire exécutif.

Le Conseil des Anciens refusa même d'admettre l'opinion dans laquelle la reconnaissance authentique du père était valable si elle avait été provoquée par des poursuites judiciaires ; son vote servit de base à plusieurs décisions de la Cour de cassation déclarant de nul effet ces sortes de reconnaissance. (Voir notamment l'arrêt du 13 vendémiaire an V.)

Ainsi apparaissent nettement les suites d'un système législatif qui assimile, quant aux droits dans la succession de leurs pères, les enfants naturels aux enfants légitimes. Comme il serait trop inique d'imposer sur une simple présomption à un homme qui n'aura cherché qu'une brève volupté toutes les conséquences de la paternité légitime vis-à-vis de l'enfant d'une femme d'un milieu sans doute très différent qu'il n'aime point et que peut-être il méprise, on arrive à subordonner les droits les plus sacrés de l'enfant à la libre volonté du père débiteur et pour avoir confondu ce que le fils a toujours le droit de réclamer de son père quel qu'il soit, les moyens d'existence dans le sens le plus large, avec ce que la loi, pour la perpétuité des familles et dans l'intérêt social doit accorder à l'enfant légitime, un droit à la succession *ab intestat* et à tout événement une quote-part réservée de celle-ci, on en vient à refuser à l'enfant naturel et à sa mère en face d'un père inhumain ou négligeant la possibilité de recourir aux tribunaux pour obtenir des aliments.

Sans doute dans l'opinion de Merlin, le ministre de la Justice d'alors, dans celle du Conseil des Anciens, il fallait distinguer le droit à la succession auquel seule la reconnaissance pouvait faire place avec le droit aux aliments que la possession d'état permet d'exiger. Mais cette interprétation transactionnelle était trop peu logique pour pouvoir triompher, la Cour de cassation par un arrêt du 3 ventôse an X décide qu'en l'absence de reconnaissance, la paternité naturelle ne saurait être établie et qu'il est impossible de distinguer, dans leurs sources, le droit aux aliments du droit de succession « par la raison que la paternité étant indivisible, un homme ne peut pas être père pour un cas et ne pas l'être pour l'autre ».

Malgré le silence de la loi de brumaire ou même l'assimilation qu'elle paraissait faire entre la preuve de la paternité et celle de la maternité dans l'article 8 (*in fine*) on fut d'accord pour admettre que l'enfant naturel pourrait toujours rechercher sa mère afin de lui réclamer des aliments ou de venir à sa succession « quia si pater incertus mater est semper certa ».

Comme nous le demanderons donc à la fin de cette étude, l'enfant naturel et l'enfant légitime étaient, sous la Révolution, complètement assimilés en ce qui concerne la succession et la filiation maternelle.

45.—L'enfant incestueux n'était pas distingué de l'enfant naturel simple ; ses père et mère quel que soit leur degré de parenté pouvaient librement l'avouer.

Les enfants adultérins, quoique nés d'une faute moindre et de moindre conséquence sociale ne furent pas aussi bien traités. Il parut en effet difficile de les trop avantager au détriment de l'autre conjoint ou des enfants nés du mariage. La nécessité de concilier ces deux intérêts opposés dont l'un se réclame des droits imprescriptibles de la filiation, l'autre d'une convention particulièrement sacrée tant au point de vue naturel qu'au point de vue social, le mariage, fit hésiter les conventionnels comme elle embarrasse nos modernes réformateurs. Les premiers, en dépit de la rigueur de leurs principes, crurent trouver une équitable solution dans une transaction dénuée de bases juridiques, qui ne satis faisait guère l'équité ni la logique, moins encore les intéressés.

L'article 13 de la loi excepte du bénéfice des articles précédents « les enfants dont le père ou la mère était, lors de leur naissance, engagé dans les liens du mariage ».

« Il leur sera accordé, à titre d'aliments, le tiers en propriété de la portion à laquelle ils auraient droit s'ils étaient nés dans le mariage. »

Cambacérès était personnellement opposé à cette dérogation aux principes : « Tous les enfants indistinctement, dit-il, ont le droit de succéder à ceux qui leur ont donné l'existence. Dans un gouvernement basé sur la liberté, les individus ne peuvent être victimes des fautes de leur père. L'exhérédation est la

peine des grands crimes ; l'enfant qui naît en a-t-il commis, et si le mariage est une institution précieuse, son empire ne peut s'étendre jusqu'à la destruction de l'homme et des droits du citoyen. Mais on pensa presque unanimement (1) que le respect des mœurs, la foi du mariage, les convenances sociales, ne permettaient pas de comprendre dans la disposition les enfants de ceux qui étaient déjà liés par des engagements. »

On se décida donc à priver les enfants adultérins du titre d'héritier, tout en leur accordant une part importante de la succession. Qu'on ait décoré cette part du nom d'aliment, ce fut là l'effet d'une sorte de pudeur, d'un scrupule qui importe peu. En réalité on ne peut considérer comme de véritables aliments, l'allocation forfaitaire du tiers de l'héritage que la loi fixait aux enfants issus de l'adultère sans tenir compte de leur situation pécuniaire, les aliments supposant toujours le besoin de celui qui les reçoit, c'était là bel et bien un droit amoindri à succéder.

Aussi est-on amené à se demander quel titre était exigé de l'enfant adultérin pour exercer son droit dans la succession paternelle.

Il semble bien que l'enfant adultérin ait pu et dû bénéficier d'une reconnaissance. En effet, on ne pou-

1. Dans la Commission (rapport de Cambacérès) l'Assemblée fut de cet avis.

vait se montrer plus facile pour la paternité adultérine qu'on ne l'était pour la paternité naturelle ; il est d'autre part impossible de croire, étant données les tendances du législateur de l'an II qu'il ait voulu restreindre l'application de l'article 13 aux cas très rares où s'appliquent aujourd'hui les articles 762 et 763 du Code civil.

L'aveu public de l'adultère ne devait d'ailleurs guère choquer les hommes de la fin du XVIII^e siècle ; sous l'ancien régime, la recherche de la paternité adultérine était d'usage constant ; les idées à la mode en 1793 dont les lettres de Cambacérès nous fournissent un curieux écho, ne devaient pas porter à plus de scrupule. Il est probable, au contraire, que les conventionnels se seraient plutôt fait un scrupule d'opposer la nature et la loi en refusant aux enfants adultérins le bénéfice d'une filiation légale. Or, puisque dans leur esprit le seul moyen de créer cette filiation devait être désormais, tout au moins pour ce qui concerne la filiation paternelle, une reconnaissance par acte authentique de l'intéressé on ne peut croire qu'ils l'aient interdite dans un cas spécial, il est vrai, mais que l'extrême licence des mœurs faisait alors considérer comme une aimable revanche de la nature sur les lois.

Aussi la jurisprudence, à quelque époque qu'elle eût à statuer sur la validité d'une pareille reconnaissance, faite dans la période intermédiaire, se pro-

nonce-t-elle pour l'affirmative, quoiqu'il en dut coûter à la morale bourgeoise, prépondérante, dans les cinquante premières années du xix^e siècle. Ainsi le décidait encore un arrêt de la Cour de Grenoble rendu le 6 février 1845.

En 1829, la même Cour avait admis qu'en vertu d'un arrêt datant de l'ancien régime un enfant adultérin aurait le droit de prélever des aliments sur la succession de son père décédé après la loi de brumaire « l'article 10 qui renvoie les enfants naturels au Code, ne les ayant nullement nullement dépouillés du droit aux aliments qui résultait pour eux d'une telle reconnaissance », cet arrêt fut maintenu en cassation.

La Cour de Paris, le 21 mars 1828, consacrait la même doctrine.

La faculté pour le mari, de reconnaître un enfant adultérin, n'était pas corroborée par la possibilité pour une femme mariée d'attribuer à son amant la paternité de son enfant. En ce qui concerne l'enfant de la femme, la règle *pater is est* gardait toute sa valeur traditionnelle. Ainsi en décide un décret du 29 floréal an II approuvant la conduite d'un officier public qui refusait l'inscription sur ses registres d'une déclaration de ce genre faite par une épouse infidèle. Il n'est, sans doute, pas toujours facile de calquer la loi sur la nature, en tous cas sur un point intéressant gravement la liberté de la femme, celui de désigner son

coprocréateur, on s'est montré très circonspect en plein enthousiasme révolutionnaire.

En l'absence d'une reconnaissance légale, la situation de l'enfant adultérin était comparable à celle de l'enfant naturel, c'est dire que dans l'opinion qui a prévalu, il ne pouvait rien exiger de son père décédé après le 2 brumaire mais qu'il pouvait intenter une action en recherche de maternité et s'il triomphait obtenir le tiers de la succession maternelle.

L'article 14 de la loi de brumaire est particulièrement remarquable en ce qu'il instaure un système qui, abandonné par le Code sera repris, pour être, à la fois, étendu et restreint par la loi de 1907, à laquelle notre étude est surtout consacrée.

« Néanmoins, dit-il, s'il s'agit de la succession de personnes séparées de corps par jugement ou acte authentique, leurs enfants nés hors du mariage exerceront tous les droits de successibilité énoncés dans l'article 1^{er} pourvu que leur naissance soit postérieure à la demande en séparation. »

Il est important de noter que ces enfants, sous la loi de brumaire, n'étaient pas considérés comme adultérins, ils étaient naturels simples tandis qu'actuellement ils naissent encore adultérins, mais sont susceptibles de devenir légitimes par le mariage de leurs auteurs.

Enfin, la loi de brumaire, conformément à la tradition, s'attache à la naissance pour décider de l'adul-

térinité de l'enfant, tandis que la loi de 1907 moins favorable ne considère que l'époque de la conception.

D'ailleurs, cet article 14 ne pouvait s'appliquer qu'au passé puisque la séparation de corps avait été abolie par la loi instaurant le divorce (20 septembre 1792). Aussi s'est-on demandé si le législateur n'avait pas entendu que la même exception s'étendrait aux enfants nés pendant une instance en divorce. Il y aurait eu là un précédent curieux de la loi actuelle. Cette opinion fut condamnée par la Cour de cassation en termes qui pourraient s'appliquer jusqu'à un certain point à l'œuvre de 1907 (1).

Il s'agissait d'une demoiselle, Isabelle Blanquart qui, se fondant sur l'interprétation extensive donnée, par certains jurisconsultes à l'article 14, pour revendiquer sa part entière de l'héritage de son père, bien qu'elle fut née avant le prononcé du divorce paternel, mais après l'engagement de l'instance.

« Attendu, dit le tribunal, que l'article 14 de cette loi (brumaire) ne présente une exception à l'article 13 que dans le cas où il s'agit de la succession de personnes séparées de corps par jugement ou acte authentique.

« Qu'étendre l'exception de l'article 14 ce serait proquer au divorce les époux infidèles qui verraient

1. Cass., 5 nivôse, an IV. S. 1.1. 383.

exister des traces de l'oubli de leurs devoirs », etc.

Sans doute ce point de vue cesserait d'être exact lorsqu'il s'agit de l'enfant conçu pendant une instance en divorce, si, comme cela a lieu actuellement, on s'attache à la conception et non à la naissance, car le désir de faire échapper l'enfant déjà conçu aux conséquences de l'article 13 aurait pu sous la Révolution pousser son auteur à demander le divorce, tandis qu'actuellement, la conception ayant déjà eu lieu, il serait la plupart du temps trop tard pour rien tenter.

Les articles 15 à 19 de la loi traitaient de détails sans intérêt pour notre sujet.

La loi de brumaire peut-être considérée comme complétant l'organisation de la famille selon l'esprit révolutionnaire. La Révolution, nettement individualiste, et considérant, non sans raison, tous les groupements corporatifs et sociaux (à l'exception de l'État qui l'est d'ailleurs au minimum) comme oppressifs de la liberté individuelle, avait entendu limiter à sa moindre puissance celui qu'il lui était impossible de détruire complètement : la famille. Elle n'en voulut d'abord faire au point de vue légal que l'association du mari et de la femme auxquels pour les nécessités de l'éducation, elle laissait une certaine puissance sur les enfants en bas âge. Les grands parents étaient sans droit, ainsi les orphelins de moins de 15 ou 13 ans, selon le sexe, qu'on ne pouvait laisser se marier sans autorisation, n'avaient pas à obtenir leur consente-

ment ; ils devaient être habilités par un conseil de famille présidé par le juge de paix.

Après cet âge, qu'on ne saurait considérer comme trop tardif, ils étaient libres de convoler à leur fantaisie.

L'association familiale ainsi réduite aux deux personnes qui la constituent essentiellement, l'esprit révolutionnaire n'entendait même pas qu'elle s'imposât à ses membres ; elle devait tenir son existence précaire de la seule persistance de leur volonté. Le divorce était possible non seulement par consentement mutuel, mais encore par la volonté d'un seul après intervention d'un délai très court et trois essais de conciliation devant six parents ou amis. On l'obtenait encore en cas de folie, de démence, d'émigration de l'autre époux, etc. (Loi du 20 septembre 1792.)

Le mariage, dans cette conception, ne saurait plus être envisagé que comme une sorte d'enregistrement d'une union nouvelle appelée à persister quelque temps. Il ne saurait sans ridicule prétendre à ce caractère grandiose et sacré que lui avait reconnu le dogme chrétien et qui lui assurait sa pérennité. Il ne pouvait donc plus, ne la conservant pas lui-même, attribuer une noblesse spéciale aux enfants qui en naissaient, une sorte de tare ineffaçable à ceux qui étaient issus de sa violation.

En dehors des questions secondaires relatives aux intérêts pécuniaires des époux, l'utilité du mariage ne

pouvait plus consister qu'à fixer d'une façon quelque peu certaine les rapports de filiation. Mais ces rapports n'étaient-ils pas aussi bien connus par la déclaration qu'en pouvaient faire, après la naissance de l'enfant, son père et sa mère? Mariage que le caprice peut rompre et reconnaissance qui suppose une union sexuelle durant autant que le caprice voudra la maintenir s'équivalant au point de vue social, la loi n'a pas à faire de différence entre les effets de l'une et ceux de l'autre.

Quant à l'adultère, dans une pareille législation, si l'homme n'était pas si volontiers polygame on devrait le considérer comme une répudiation tacite. C'eût été souvent outrepasser les intentions des individus. Mais du moment qu'on admettait la reconnaissance de ses fruits, il eût semblé plus logique, comme le voulait Cambacérès, de ne pas rogner leur part de succession.

Après tout, il n'y a pas de différence essentielle entre l'adultère qui consiste à connaître successivement plusieurs femmes et l'adultère qui consiste à les fréquenter simultanément et le divorce n'est lui-même qu'une sorte d'adultère reconnu par la loi.

Le législateur révolutionnaire avait vu juste, lorsqu'il avait proclamé que la loi devait suivre et copier la nature, mais il s'était lourdement trompé en s'imaginant que la nature avait voulu partout l'entière liberté des hommes et leur égalité. Il n'y a pas que

l'enfant qui ait besoin de soutien : la famille solidement constituée est le cadre naturel et indispensable de toute saine individualité, elle crée autour de l'homme une atmosphère spirituelle qui le soutient et l'alimente moralement comme l'atmosphère terrestre le soutient et l'alimente physiquement. Que cette atmosphère se modifie ou diminue de pression, l'homme ressent dans sa mentalité des malaises indéfinissables comparables à ceux que détermineraient dans son organisme une chute brusque et démesurée du baromètre. Quand la famille se trouve brisée pour l'ensemble des citoyens d'une nation comme elle le fut en France par la brusque explosion révolutionnaire, cette sorte de malaise individuel devient un malaise social, qui par suite des lois brutales de la vie amène une réaction, salutaire parfois, mais toujours exagérée.

Ce n'est que dans les systèmes des philosophes que les liens de parenté naturelle valent les liens de parenté légitime. La voix de la nature qu'il importe de respecter pour faire œuvre durable, n'est-ce pas en ces matières l'affection que les parents ressentent pour leurs enfants, l'orgueil qu'ils éprouvent pour eux avec le désir de leur procurer une situation plus élevée, un patrimoine agrandi. Si la mère ressent ces sentiments pour tous ses enfants, il est rare qu'ils soient au cœur du père naturel, il est presque anormal qu'ils soient éprouvés pour des enfants adulté-

rins par un homme marié ayant des enfants légitimes.

Et cela est sans doute voulu par la nature, parce qu'une mère est plus indispensable qu'un père à l'enfant et parce que si l'homme, presque toujours polygame, connaissait cet attachement à ses enfants naturels, l'unité de la famille monogame, préférable pour l'espèce et fondement de la société, en serait brisée. La nature à défaut du sens de l'équité, a mieux que les philosophes celui de la conservation de l'espèce et de la société.

La loi de brumaire qui donnait à l'enfant naturel les mêmes droits qu'à l'enfant légitime sur la succession de son père aussi bien que sur celle de sa mère, violait donc la nature en détruisant la famille ; mais aussi cette même loi fut la première attaquée lors de la réaction qu'engendra l'excès de la démoralisation publique.

Peu à peu les juges s'ingénierent à limiter sa portée en interprétant son texte, notamment en ce qui concerne les successions ouvertes après le 12 brumaire et la nécessité de la reconnaissance, de la façon la plus étroite. Le législateur lui-même en abolit l'effet rétroactif dès le 3 vendémiaire an IV et si le 26 du même mois, il suspendit l'exécution de cette décision, ce fut pour y revenir le 15 thermidor en n'accordant plus aux personnes visées que le tiers du revenu d'un enfant légitime.

Enfin, la loi du 14 floréal an XI approuvant une

jurisprudence déjà ancienne de la Cour de cassation (le premier arrêt en ce sens est de l'an 7) et qui s'était établie en dépit du texte formel de la loi de brumaire mais en concordance avec l'esprit public du moment, vint soumettre au Code nouvellement voté le sort des enfants naturels dont les pères et mères étaient morts dans l'intervalle de cette dernière loi et du Code. On voulait feindre de croire qu'il n'avait pas été statué sur le sort de ces enfants, la loi de brumaire n'ayant entendu régler que le passé et non l'avenir ; on oubliait volontairement que cette même loi ne soumettait au régime du Code que les enfants dont les parents mourraient après sa promulgation. Ainsi on abolissait jusque dans le passé une législation abhorrée et du même coup la faveur du législateur de brumaire pour les bâtards se retourna contre eux ; parce qu'il avait faussement assimilé la paternité à la maternité naturelle et créé par là un désordre intolérable, l'enfant naturel n'aura plus sur la succession de sa mère que la part médiocre accordée par le Code ; l'enfant incestueux ou l'enfant adultérin ne pourront même pas, en droit, lui réclamer des aliments. C'est ce régime inique et plus inhumain que ne le fut jamais celui du moyen âge, digne du fanatisme de Justinien, qu'il nous faut maintenant étudier. Remarquons auparavant qu'aucune des lois de l'époque révolutionnaire ne parle de la légitimation ; cela pourrait à première vue étonner et cela est pourtant très logique.

La légitimation suppose une dignité particulière à l'enfant légitime à laquelle on admet par exception un enfant naturel. Du moment qu'on ne reconnaissait plus et qu'on traitait de superstition « l'honneur de la légitimité » on avait d'autant moins à le concéder qu'il n'apportait aucun avantage pécuniaire. Seuls les enfants adultérins auraient pu en profiter mais la légitimation leur avait toujours été, en fait, refusée, on ne pensait donc pas que la question pût les intéresser.

Cependant, le Code ayant restreint la part des enfants naturels dans les successions, la question se posa, de savoir si, dans le silence de la loi de brumaire, ceux d'entre eux dont les parents s'étaient mariés par la suite, mais avant le Code, avaient été légitimés, le législateur n'avait-il pas, par prétériton, aboli la légitimation ?

On y répondit par la négative. Il parut « contradictoire d'admettre que les conventionnels, si favorables aux enfants nés hors mariage, aient voulu leur retirer un avantage séculaire ». En réalité, dans l'esprit des conventionnels, cet avantage n'en était pas un, ils n'y avaient même pas pensé.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA FILIATION DES ENFANTS ADULTÉRINS SOUS LE RÉGIME DU CODE CIVIL

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

46. — « Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin. » Tel est le texte de l'article 335 du Code civil qui domine notre matière. Pour une raison qui est apparue comme étant d'ordre moral, le législateur n'a pas voulu que l'on pût établir la filiation d'un enfant né d'un délit, il a voulu effacer toute trace d'inceste (1) ou d'adultère et « en éteindre jusqu'au souvenir ». Selon l'expression de Bedel il « a frappé (2) les enfants adultérins d'une espèce de péché originel dont la tache est ineffaçable ». Ces enfants sont sans

1. Lahary. Rapport au Tribunal, séance du 28 ventôse an XI (19 mars 1803) Locré VI, p. 264.

2. Bedel. *De l'adultère*, n° 91.

famille par la volonté de la loi ; ils doivent rester des isolés et ne jamais se rattacher comme les autres enfants, à la série de leurs ancêtres. C'est ce qu'a très bien exprimé Loiseau dont les vues sur cette question sont souvent si modernes : « L'enfant (1) adultérin a bien une patrie, mais il est sans famille, en sorte que se trouvant seul et abandonné au milieu de la société, tout lui atteste qu'il est l'enfant du malheur et du crime. »

La rigueur d'une telle condition, aggravée encore par l'article 342 qui interdit la recherche de la paternité ou de la maternité adultérine, est assez conforme à l'esprit des législations protectrices de la famille, plutôt que de l'individu ; elle surprend quelque peu de la part d'hommes qui suspectaient tous les groupements et qui posaient en principe qu'il ne devait y avoir entre les citoyens « d'autre distinction que celle qui résulte de leurs mérites ou de leurs vertus ». Aussi les avis furent-ils très partagés, sans qu'il eut de part et d'autre une certitude quelconque ; le problème semble avoir surpris et fait hésiter les réformateurs. Ce qui le prouve c'est non seulement la phraséologie pompeuse des motifs mais encore les variations des diverses législations qui se sont succédé à cette époque.

1. Loiseau, *Traité des enfants naturels adultérins, incestueux et abandonnés*, Paris 1811, p. 731.

La loi du 12 brumaire an II, qui est le texte principal du droit intermédiaire en matière de succession, assimile les enfants naturels aux enfants légitimes et accorde aux adultérins le tiers seulement de la part d'un enfant légitime ; ces derniers étaient donc traités comme le seront les enfants naturels sous le Code civil (art. 757) et c'est encore au nom « des mœurs, (1) de la loi du mariage, des convenances sociales », qu'on leur imposait cette restriction. Mais, du moins, une telle disposition, supposait, à notre avis, la reconnaissance. Le père de famille qui avait un enfant né d'une concubine devait pouvoir le reconnaître pour que cet enfant pût profiter des droits conférés par la loi, et la filiation de cet enfant pouvait être établie en dépit de l'adultère qui l'entachait.

De même le projet de Code civil ne contenait pas l'article 335 et la commission pensait que les enfants adultérins pouvaient être reconnus comme des bâtards simples et c'est en ce sens qu'aurait décidé le législateur sans l'intervention fortuite et très énergique de quelques juridictions dont on avait demandé l'avis et de quelques jurisconsultes dont l'autorité s'imposa au Corps législatif.

Ce fut surtout la Cour d'appel de Lyon qui formula des observations et des protestations : « Serait-il possible que la loi autorisât la déclaration publique et

1. *Choix des rapports*, t. XIII, p. 353.

authentique de l'inceste et de d'adultère; ce ne sont pas précisément les actions immorales qui anéantissent les mœurs, lorsqu'elles demeurent ensevelies sous le voile d'un mystère impénétrable ! Le mystère lui-même est un hommage aux mœurs... Il est impossible que la loi autorise... un libertin à publier légalement et impunément qu'il est coupable d'adultère. La loi peut tolérer une faiblesse, elle ne peut pas supposer un crime ; s'il existe, elle doit le punir. »

Après quelques débats, le système de la Cour de Lyon triomphe au Conseil d'État et au tribunal et fut voté par le Corps législatif. Bigot-Préameneu, dans son exposé des motifs, Lahary (1) dans son rapport au Tribunat, Duveyrier, délégué par le Tribunat pour prendre la parole devant le Corps législatif, s'étaient énergiquement prononcés contre la reconnaissance des enfants adultérins, au nom de la morale publique ; en réalité, ces hommes d'excellente bonne foi étaient imbus de préjugés. Surpris par la nouveauté de ce problème, mal étudié encore, ils s'égarèrent et firent appel à des solutions inspirées par une longue tradition, les meilleures puisqu'ils n'avaient pu en découvrir de plus rationnelles. Telle fut l'origine de l'article 335, pis-aller provisoire qui nous régit encore aujourd'hui.

Nous allons examiner la situation des enfants adul-

1. Fenet, T. X, p. 156, 196, 242.

térins au point de vue de leur filiation et jusqu'à quel point le vœu du législateur a été accompli. Car l'imperfection de la loi éclate dans ce fait qu'on ne peut l'observer et ignorer réellement la filiation adultérine d'un enfant dans certains cas déterminés. Ici comme ailleurs la jurisprudence a dû faire œuvre législative pour combler les lacunes du Code.

47. — Et tout d'abord que faut-il entendre par enfants adultérins ? Cette expression est employée dans les textes et dans les arrêts dans deux sens différents qu'il importe de distinguer ; au sens vulgaire, celui des articles 335 et 342, est adultérin tout enfant né de deux auteurs dont l'un, au moment de la conception, était engagé dans les liens du mariage et cette définition comprend tous les enfants connus ou ignorés qui se trouvent dans une telle situation ; dans un sens plus restreint, plus juridique, et qui semble bien être celui des articles 762 et 908, l'expression enfants adultérins désigne seulement les enfants dont la filiation adultérine se trouve légalement constatée ; tel est le sens de l'article 762 qui ne leur accorde que des aliments. Nous verrons plus loin dans quels cas une semblable filiation peut se trouver établie, mais nous devons signaler ici l'étrange contradiction qui éclate entre les articles 335 et 342 d'une part, et les articles 762 et 908 d'autre part ; tandis que les premiers interdisent toute recherche et toute reconnaissance de filia-

tion adultérine, les seconds établissent des prohibitions et des restrictions qui la supposent reconnue et prouvée dans certains cas. Cette anomalie (1) plusieurs fois signalée, montre mieux que tout argument moral, le vice des articles 335 et 342 et l'impossibilité de leur application ; du moment que des enfants adultérins existent, que l'on ne veut et ne peut ignorer cette existence (par exemple dans le cas de désaveu), du moment qu'on leur concède quelques droits, mieux vaudrait ne pas les mettre dans l'impossibilité de les revendiquer habituellement et ne pas limiter le droit aux aliments aux cas exceptionnels où la filiation adultérine se trouve établie par la force des choses. Car quel est le fondement du droit aux aliments ? ce ne saurait être la circonstance fortuite qui a fait déclarer par un tribunal le caractère adultérin d'une filiation ; c'est une raison d'humanité, tirée du devoir que tout père a, dans les sociétés modernes, de coopérer à l'élevage de l'enfant. Or dans la plupart des cas, ce droit de l'enfant et ce devoir du père deviennent illusoires par l'application des articles 335 et 342.

Quoi qu'il en soit, au sens juridique, est adultérin tout enfant dont la conception a réalisé le fait d'adultère et dont le vice de la filiation a été officiellement constaté. Nous verrons que cette constatation ne peut habituellement résulter que d'une décision de justice.

1. Beudant, II, n° 613, p. 253-254.

Cette définition, pour être complète, en exige une autre, celle de l'adultère ; ordinairement on se contente de dire qu'il est la violation consommée corporellement du devoir conjugal ; mais cette définition ne tient pas compte d'un des éléments essentiels de la faute, l'intention, il faut que les coauteurs du délit ne soient pas dans l'ignorance du lien conjugal qui leur interdit le rapport sexuel ; mais il suffit que l'un des deux aie connaissance du délit pour que l'acte soit délictuel, à son égard, et non délictuel à l'égard de l'autre. Leséducteur d'une femme mariée ne tombe sous le coup de l'article 338 du Code pénal, qu'autant qu'il a connaissance du mariage de cette femme ; ces solutions qui découlent des éléments constitutifs du délit et de la complicité son généralement admises ; mais que décider au sujet des enfants conçus dans de telles circonstances ? Seront-ils *ipso facto* adultérins ? La question a peut-être plus d'importance pour eux que pour leurs auteurs et pourtant le Code ne l'a même pas aperçue. Dans le silence de la loi et la pénurie des décisions de jurisprudence, nous essaierons de tirer des principes généraux et de l'esprit du Code les solutions que l'on devrait donner aux différents cas de ce genre.

Il doit exister, selon nous, une corrélation étroite entre le délit d'adultère et l'adultérinité de l'enfant qui en est issu ; aussi pensons-nous que l'enfant né de deux personnes qui avaient de justes causes de

se croire libres ne doit pas être considéré comme adultérin ; il n'est pas né d'un « commerce adultérin » au sens de l'article 335 du Code civil ; ses parents n'en-courent pas les pénalités des articles 336, 338, 339 du Code pénal, et l'époux lésé ne pourrait pas fonder sur ce motif une demande en divorce. L'enfant, à notre avis, sera donc naturel simple, il pourra être l'objet d'une reconnaissance et même d'une légitimation ultérieure. Cette solution est admise au cas d'un second mariage lorsqu'une femme, par exemple, ayant une juste cause de se croire veuve ou divorcée, contracte une nouvelle union ; elle ne commet pas le crime de bigamie et ses enfants ne sont pas adultérins ; nous pensons que ce point de vue devrait être étendu aux relations extra-conjugales et que les enfants naturels de toute personne qui a une juste cause de se croire libre (les tribunaux l'appréciant) ne devraient jamais être déclarés adultérins...

Que faut-il décider au cas où l'une des deux parties seulement est de bonne foi, ignore l'adultère ? Quel sera le sort de l'enfant ? Sur ce point l'article 202 relatif au effets du mariage de l'un des deux époux pourrait nous servir de guide ; par analogie nous déciderons que l'enfant né de relations conjugales ou extra-conjugales serait naturel simple à l'égard de celui de ses auteurs qui aurait été de bonne foi et adultérin à l'égard de l'autre ; c'est-à-dire que ce dernier ne pourrait jamais le reconnaître ni le légitimer par

mariage subséquent. Ainsi l'époux qui entretient une concubine en dehors de son mariage ne pourrait jamais reconnaître les enfants qu'il aura eu d'elle quand bien même il lui aurait déclaré n'être point marié, mais la mère pourrait les reconnaître comme naturels simples. De même l'épouse qui, séparée de fait de son mari, se mettrait en ménage avec un tiers ignorant sa qualité de femme mariée ne pourrait jamais reconnaître ni légitimer les enfants nés de cette union, tandis que le père pourrait les reconnaître, à condition toutefois de ne point désigner la mère dans l'acte.

48. — Pour déterminer la nature de la filiation, il ne suffit pas de rechercher la qualité des parties, il faut encore dire à quelle date on se placera pour l'examiner, puisque l'état des personnes peut varier d'un moment à l'autre; ou autrement doit-on se reporter à l'époque de la conception ou à celle de la naissance pour voir si l'enfant est adultérin ou non ? La question a été posée autrefois car le droit canonique, s'appuyant d'ailleurs sur une loi de Justinien (*De naturalibus liberis*. Code loi II) décidait que l'on devait s'attacher au moment de la naissance et dans nombre de cas cette solution était des plus avantageuse pour l'enfant(1).

1. Il avait déjà été réfuté par Pothier. *Contrat de mariage*, n° 417.
Id. Demolombe, V, n° 346.

Mais ce point de vue est aujourd'hui abandonné et à juste titre, car il était physiologiquement faux. Par définition l'enfant adultérin est celui qui est issu des relations coupables de deux individus auxquels le rapport sexuel, était interdit ; c'est donc au moment de l'acte sexuel, qui est celui de la véritable naissance, qu'il faut se reporter pour savoir si le vice entache ou non l'enfant, puisque cet acte seul peut être adultère (1). Plusieurs arrêts ont été rendus en ce sens, et la jurisprudence semble fixée ; mais la question elle-même perd de son intérêt depuis que diminue la défaveur des adultérins dans l'opinion publique ; bien qu'ils soient encore exclus des avantages des enfants naturels, ce qui ne saurait durer longtemps, l'esprit moderne éprouve moins de répugnance à constater la filiation délictuelle, le délit lui-même est moins sévèrement jugé (2), et on préfère, comme le voulait déjà Demolombe (3), la réalité, quelle qu'elle soit, à l'hypocrisie d'une fiction mensongère.

Néanmoins, le système moderne soulève une difficulté qu'ignorait la règle canonique, car si la date de la naissance est facilement vérifiable, celle de la con-

1. Havre, 23 mai 1838 ; Cass. 25 juin 1877. D. 78.1.262 ; Aubry et Rau. I. VI, § 596, p. 69 ; Laurent, t. I, n° 174.

2. Projet de loi abolissant les pénalités des art. 337 et 338 (Code pénal) contre l'adultère.

3.

ception reste secrète (1) « la nature ayant dérobé ce mystère à la connaissance de l'homme, à ses facultés morales et physiques, aux perceptions les plus subtiles de ses sens comme aux recherches les plus pénétrantes de sa raison ». Il faut donc recourir à des présomptions et c'est pour ce motif que le législateur a fixé des délais entre lesquels l'enfant sera toujours présumé avoir été conçu. Sous l'ancien régime, le juge appréciait la durée probable de la gestation, mais cette liberté avait donné lieu aux décisions les plus surprenantes; des parlements légitimèrent des enfants nés dans le dix-huitième mois de la mort du mari de la mère. Le parlement de Grenoble, si l'on en croit une brochure imprimée en 1637 et interdite aussitôt, alla jusqu'à prétendre qu'une femme avait pu concevoir par la seule force de son imagination. C'est surtout pour mettre fin à ces désordres que les rédacteurs du Code de 1804 ont fixé les délais de l'article 312, délais reproduits dans les articles 314 et 315; ils s'adressèrent à Fourcroy et lui demandèrent d'établir (2), sur des bases scientifiques, les durées extrêmes des grossesses; celui-ci assigna aux grossesses une durée de cent quatre-vingt-six jours au minimum et de deux

1. *Moniteur*. Duveyrier. Séance du Corps législatif du 2 germinal, an XI.

2. Précis présenté au Conseil d'État sur l'époque de la naissance humaine et sur les naissances accélérées ou tardives par Fourcroy. (Loché, *Lég. civ.* t. VI, p. 50; Fenet, t. X, p. 13.)

cent quatre-vingt-six jours au maximum. Sur ces données, et pour plus de certitude, les auteurs de la loi élargirent un peu ces limites et fixèrent les délais de cent quatre-vingt et de trois cents jours (6 mois et 10 mois, du calendrier républicain) des articles 312, 314 et 315 dont voici le texte :

« L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.

« Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme (art. 312).

« L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari dans les cas suivants : 1° s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage ; 2° s'il a assisté à l'acte de naissance et si cet acte est signé de lui ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer ; 3° si l'enfant n'est pas déclaré viable (art. 314).

« La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée (art. 315). »

De ces articles, il ressort, et c'est l'avis commun, que dans les calculs le trois centième ou le cent quatre-vingtième jour doivent être compris ou en d'au-

tres termes que la durée maxima de la grossesse est de 299 jours pleins (1) (art. 315) avant celui de la naissance et la durée minima de 179 jours pleins (art. 314).

L'expression « trois centième jour avant la naissance » doit s'entendre trois centième jour avant celui de la naissance. Le Code civil allemand (art. 1592, al. 1) a fait la correction en reculant légèrement les délais, l'intervalle y va du cent quatre-vingt-unième jour jusqu'au trois cent deuxième jour avant celui de la naissance.

Ces principes admis il reste à examiner les deux questions suivantes :

1° Comment doit-on calculer ces délais ? De *die ad diem* ou de *hora ad horam* ?

2° Ces délais établis pour la filiation légitime pourront-ils s'appliquer à la filiation adultérine ?

La première de ces questions a été controversée. Nous n'exposerons pas les divers arguments qui peuvent appuyer l'un ou l'autre système : cette étude sortirait trop du cadre de notre travail ; nous exposerons seulement les résultats de la doctrine et de la jurisprudence, ceux qui par conséquent peuvent se trouver applicables aux enfants adultérins. La jurisprudence admit d'abord le calcul de *hora ad*

1. Demolombe, V, n° 19 ; Aubry et Rau, VI, § 545 ; Planiol, I, n° 1377 (4^e édit.) ; J.-G. *Paternité et filiation*, n° 28, suppl. n° 12.

horam ou de *momento ad momentum* (1); on comptait 300 jours ou 180, d'heure à heure, depuis la naissance de l'enfant; mais ce système fut définitivement abandonné après un arrêt de la Cour de cassation du 8 février 1869 (2); arrêt rendu dans une espèce célèbre. Un homme mourut le 19 mars 1866 à 2 heures du matin; sa veuve accouche le 13 janvier 1867 à 8 heures et demi du matin; c'était le trois-centième jour, mais six heures et demi trop tard d'après le calcul d'heure à heure. La Cour d'Angers prononça l'illégitimité de l'enfant. La Cour de cassation cassa cet arrêt et déclara l'enfant légitime, le trois centième jour après celui de la dissolution n'étant pas écoulé; la plupart des auteurs (3) se sont ralliés au calcul de *die ad diem* qui est aussi celui de l'article 2260 en matière de prescription. Nous pensons que c'est la solution la plus sage; ces délais, comme le dit M. Planiol, n'étant que des à peu près et ne pouvant pas être autre chose.

La seconde question ne soulève pas de difficultés, surtout depuis la loi du 7 novembre 1907, qui applique les mêmes délais à la présomption d'adultérinité;

1. Arras, 6 mai 1857, D. 58.2.138, S. 57.2.370; Poitiers, 24 juillet 1865, D. 65.2.129, S. 65.2.271; Angers, 12 décembre 1867, D. 67.2.201, S. 68.2.39.

2. D. 69.1.181, S. 69.1.215; Orléans, 3 juin 1869, S. 69 2 194, D. 74.2 269.

3. Durantou, II, n° 44; Zacchariæ, I, p. 294; Demolombe, V, n° 18; Aubry et Rau, VI, § 548; Planiol, I, n° 1378, p. 442. En sens contraire : Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, I, n° 953.

mais avant cette loi quelques auteurs avaient soutenu que les présomptions légales étant de droit étroit, celles de l'article 312 ne s'appliquaient qu'aux enfants légitimes ; pour les illégitimes, le juge jouissait du même pouvoir d'appréciation que sous l'ancien régime. Cette opinion d'ailleurs n'avait point prévalu. Les auteurs reconnurent presque tous que les règles de l'article 312 avaient été édictées pour toutes les grossesses et que vraies pour la grossesse légitime elles ne sauraient devenir fausses pour la grossesse naturelle ou délictuelle (1). La jurisprudence s'est de bonne heure fixée en ce sens.

Nous avons vu au début de ce chapitre que la recherche de la filiation et par conséquent la reconnaissance des enfants adultérins étaient interdites. Les adultérins de la mère sont couverts par la règle *pater is est*, qui leur donne l'état d'enfant légitime ; les adultérins du père doivent rester ignorés, l'article 335 en interdisant la reconnaissance ; il existe donc entre ces deux catégories d'enfants une grosse différence : les premiers ont une famille régulière, les seconds en sont privés et ne connaissent que leur mère ; des considérations d'utilité sociale ont dû être invoquées à l'appui de ce système ; nous en réservons la critique pour un autre chapitre ; nous signalerons

1. Baudry-Lacantinerie, *Des personnes*, IV, n° 629 ; Demolombe, V, n° 351 ; Le Havre 23 mai 1838 ; S. 40.2.463. En sens contraire : Dijon, 29 août 1818. (S. et D. Chron).

seulement ici la situation malheureuse des enfants doublement adultérins ; ils sont exclus de la famille paternelle puisque leur père marié ne peut les reconnaître et de la famille maternelle dont ils ont été chassés par le désaveu. Une telle condition nous paraît particulièrement grave en ce qu'elle sépare l'enfant de sa mère et rompt ainsi un lien naturel, ce qui, à notre avis, ne saurait aller sans dommage pour la société. Mais cette solution n'est elle-même possible que parce que la filiation adultérine de l'enfant s'est trouvée établie ; il nous reste à étudier dans quels cas exceptionnels un enfant peut ainsi être adultérin au sens strict du mot, c'est-à-dire tomber sous le coup de l'article 762 qui ne lui donne droit qu'à des aliments.

Nous examinerons donc dans des paragraphes distincts les différents modes de preuves par lesquels s'établit toute filiation. Nous en distinguerons quatre :

1° *L'aveu des parties ou la reconnaissance proprement dite ;*

2° *La possession d'état ;*

3° *Les recherches de filiation de l'enfant ou d'un tiers ;*

4° *Les décisions du Tribunal.*

Et nous verrons que c'est dans ce dernier cas seulement que l'adultérinité d'un enfant peut être légalement établie et que par enfant adultérin il faut entendre un enfant déclaré tel par un jugement.

CHAPITRE PREMIER

De la reconnaissance volontaire des enfants adultérins

49. — Les termes absolus de l'article 335 semblent au premier abord exclure toute discussion ; ils n'en est rien parce que ces termes mêmes sont incomplètement définis et n'embrassent que très mal l'infinie complexité de la réalité, ils laissent incertaines les questions suivantes :

Quelles reconnaissances doivent être considérées comme adultérines ?

Quels effets peuvent produire les reconnaissances faites contrairement à la loi ?

Nous les étudierons assez brièvement parce qu'elles l'ont déjà été longuement par d'autres et que les solutions adoptées dans les diverses hypothèses possibles ne sont plus sérieusement contestées.

Voici comment s'expliquent la plupart des difficultés. Pour encourager les reconnaissances d'enfants la loi s'est montrée peu exigeante à l'égard de ceux qui manifestent l'intention d'accomplir ainsi leurs de-

voirs de père ou de mère et ne les oblige pas à représenter leur acte de naissance ; il en résulte que l'officier de l'état civil ne peut savoir si le déclarant est ou n'est pas marié, s'il le savait, il devrait refuser de recevoir la reconnaissance qui constaterait une filiation adultérine ; mais dans les grandes villes, il enregistre ainsi souvent des déclarations illégales et des reconnaissances d'enfants adultérins se trouvent opérées en fraude de la loi. Nous ajouterons même que telle est la défaveur des articles 331 et 335 dans l'opinion publique que dans nombre de mairies et notamment de Paris, les secrétaires ont pris l'habitude de fermer les yeux sur tous les faits de nature à révéler l'adultérinité, ce qui permet jusqu'à un certain point de tourner la loi et de conférer plus tard à l'enfant lorsque ses auteurs se marieront, une légitimation de fait, précaire, il est vrai, mais dont il jouira tant qu'elle ne lui sera pas contestée. Nous reviendrons sur ces abus, accomplis journellement avec l'assentiment des parquets ; nous les avons signalés ici pour montrer l'importance de la question et la nécessité d'établir la valeur juridique des diverses formes de reconnaissances.

On distingue les trois hypothèses suivantes :

I. — Les deux reconnaissances du père et de la mère ont été faites dans le même acte.

II. — Les deux reconnaissances ont été faites par actes distincts.

III. — Une seule reconnaissance a été faite par un auteur qui a désigné dans l'acte une personne engagée dans les liens d'un précédent mariage.

I. — *Les deux reconnaissances ont été faites dans le même acte.*

Dans l'hypothèse où les deux reconnaissances ont été faites dans le même acte, plusieurs solutions sont également possibles. Les valider toutes les deux, les annuler toutes les deux ; valider la reconnaissance qui émane de l'auteur libre, principalement de la mère. La première est impossible sous le régime du Code, la seconde a été admise par la jurisprudence, la troisième a été défendue par quelques auteurs, principalement par Duranton (1), et voici les raisons qu'il propose : la maternité est un fait matériel qui peut être constaté, qui ne peut être sérieusement contesté ; le but de la reconnaissance étant d'établir la filiation réelle d'un individu, on ne doit pas infirmer une déclaration incontestable par une déclaration toujours suspecte comme celle du père. Ce raisonnement qui serait excellent s'il s'agissait de refaire la loi, ne vaut rien quand il s'agit de l'interpréter, car rien, dans nos Codes, ne donne un tel privilège à la déclaration de la mère, et nous ferons remarquer que

1. Duranton, III, n° 202. Toulier, I, p. 415.

dans cette opinion, il faudrait quand même annuler les deux reconnaissances dans le cas où le père est la personne libre et où la mère est mariée. Le but de la loi, et dans ce chapitre, nous ne faisons que l'exposer, n'a pas été d'établir toujours la véritable filiation, mais bien quelquefois de la dissimuler et c'est ici le cas.

Nous avons déjà vu que l'enfant né du délit d'adultère est adultérin à l'égard de ses deux auteurs ; on le conteste dans l'opinion que nous combattons en s'appuyant sur l'avis des quelques auteurs qui ont discuté (1) le projet de loi devant le Conseil d'État et qui ont soutenu que l'enfant né d'une mère libre et d'un père marié n'était pas un adultérin à l'égard de sa mère, tandis que l'enfant né d'un père libre et d'une femme mariée était adultérin à l'égard du père et de la mère. Cette solution, par ailleurs défendable, ne saurait être admise ici, pour cette seule raison qu'elle ne repose sur aucun texte et qu'elle se trouve contredite par la définition traditionnelle de l'adultère puisque le complice commet le délit comme l'auteur principal. Mais, objectera-t-on, la mère isolément peut reconnaître son enfant ; c'est exact et nous examinerons ce cas dans un des chapitres suivants, mais l'enfant n'en est pas moins adultérin, et nous assistons ici à une véritable, re-

1. Séance du 26 brumaire an X, Loué III, p. 65.

connaissance d'enfant adultérin que la jurisprudence autorise parce que le vice d'adultérinité y demeure caché.

La thèse de Duranton a été reprise depuis la loi du 7 novembre 1907 (1); on se fonde principalement sur ce fait que la loi de 1907 autorise la reconnaissance et la légitimation en cas de désaveu du mari et on dit qu'il doit en être de même dans le cas inverse quand l'enfant est né des œuvres d'un homme marié et d'une femme libre, et qu'il a été reconnu par ses père et mère dans le même acte. Cette argumentation a le très grave défaut d'invoquer l'analogie d'une loi d'exception qui n'a modifié la condition des enfants adultérins que dans des cas déterminés; nous verrons que c'est là un des reproches adressés à la loi de 1907 d'avoir créé une sorte de privilège au profit des enfants adultérins de la mère quand ils sont désavoués. De plus il ne faut pas oublier que la loi de 1907 ne valide que les reconnaissances faites en vue de la légitimation et que nous nous occupons surtout ici de la reconnaissance pure et simple.

Nous croyons donc qu'en se plaçant seulement au point de vue juridique, on doit admettre la théorie qui admet la nullité des deux reconnaissances et qui

1. V. notes sous l'arrêt d'Orléans, 31 mars 1909; *Gaz. Trib.*, 10 juin 1909 et sous l'arrêt Cass. 19 novembre 1907, l'analyse des conclusions de l'avocat général, Mérillon. *Gaz. Trib.*, 1908, 2^e sem. 1, 42.

est celle de la plupart des auteurs et de la jurisprudence (1).

L'argumentation sur laquelle certains auteurs la font reposer ne laisse pas d'être assez subtile. La reconnaissance du père marié est nulle, mais non de nullité radicale car s'il en était ainsi la reconnaissance de la mère restant isolée, serait valable ; elle existe donc et produit certains effets dont le principal est d'infecter l'autre (2). Les deux reconnaissances sont donc existantes d'abord, annulées ensuite par application de l'article 335 parce qu'il y a entre elles une étroite et indivisible corrélation et que le vice d'adultérinité y éclate manifestement. L'acte est nul dans son ensemble mais, pour le cas spécial que nous examinons, la mère pourra reconnaître son enfant par acte postérieur contrairement à l'avis de Laurent qui soutient avec beaucoup de logique que l'enfant ayant été une fois déclaré adultérin ne peut plus être l'objet d'aucune reconnaissance.

1. Merlin. *Répertoire*, t. XVI. Filiation ; Laurent, IV, n° 145 ; Demolombe, V, 574 ; Aubry et Rau, II, § 572, note 7 ; Planiol, I, 1484 Baudry-Lacantinerie, 1, 866 ; Arcis-sur-Aube, 23 février 1893. D. 93. 2.504 ; Cass., 17 juillet 1900. D. 1900.1.558. S. 1901.1.345 ; Nîmes, 13 juillet 1824 (S. 25.2.318) ; Caen, 1^{er} août 1827 (S. 28.1.419) ; Bourges, 4 janvier 1839 (S. 39.2.289) ; Cass., 1^{er} mai 1861 (S. 62.1.419) ; Cass., 25 juin 1877 S. 78.1.227 ; Cass., 17 juillet 1900. S. 1901.1.345 ; Cass., 19 novembre 1907 ; *Gaz. Trib.*, 19 novembre 1908, 2^e sem. 1. 42 ; Orléans, 31 mars 1909 ; *Gaz. Trib.*, 10 juin 1909.

(2) En sens contraire. Dijon, 29 août 1818. S. 1819.2.153.

Nous signalerons particulièrement l'arrêt récent de la Cour d'Orléans (31 mars 1909. *Gaz. Trib.*, 10 juin 1909). En l'espèce la reconnaissance simultanée avait été faite dans l'acte de mariage des deux auteurs et l'adultérinité de la filiation paternelle résultait de la date de la conception. La cour pour étendre la nullité de la reconnaissance paternelle à la reconnaissance maternelle se fonde sur l'indivisibilité de l'état des personnes ; nous pensons qu'il suffit d'invoquer l'indivisibilité du titre et la corrélation des aveux de paternité et de maternité. Mais dans le cas de l'arrêt d'Orléans, il importe de remarquer que l'enfant malgré l'annulation de la reconnaissance maternelle pourra être autorisé à prouver sa filiation à l'égard de sa mère en justice (art. 341) et qu'il pourra invoquer cette annulation pour justifier sa demande et même la rendre possible, mais jamais elle ne pourra lui servir du commencement de preuve par écrit dont il est question dans l'article 341 (cass. 19 novembre 1906. *Gaz. Pal.*, 12 déc. 1907).

II. — *Les reconnaissances ont été faites par actes distincts.*

L'opinion commune, dans ce cas, veut que la reconnaissance émanant de l'auteur non marié soit valable. Ainsi la concubine d'un homme marié pourra reconnaître l'enfant né de leurs relations ; cette re-

connaissance sera valable même si le père a pu de son côté reconnaître ce même enfant en fraude de la loi. Nous ne nous élèverons par ici contre cette solution favorable à l'enfant ; nous reconnaitrons seulement qu'elle résulte d'une interprétation du Code peu conforme à la rigueur des principes ; un enfant est adultérin toutes les fois qu'il a été conçu dans l'adultère ; il l'est également à l'égard de ses deux auteurs et l'équivalence légale de l'adultère de la femme et de l'adultère du mari ne permet même pas d'établir la moindre différence à cet égard. A notre avis la reconnaissance de la mère concubine du mari est une reconnaissance d'enfant adultérin exceptionnellement admise par la jurisprudence parce que le vice qui l'entache restant secret ne risque pas de provoquer un scandale (1).

Il faut signaler l'opinion presque isolée de Laurent qui veut que l'on annule la reconnaissance émanant de la personne libre quand elle a été précédée de celle qui émane de la personne mariée. Pour lui, en effet, cette dernière, quoique annulée, n'est point dépourvue de tout effet et, tout comme dans l'hypothèse précédente, elle a pour principal effet d'annuler toutes celles qui suivront : « Supposons, dit-il, que le père marié reconnaisse un enfant né d'une femme libre. La reconnaissance est nulle. Après

1. *Traité de dr. civ.*, IV, n° 146.

cela la mère reconnaît cet enfant sans déclarer le père. Cette dernière reconnaissance ne se lie-t-elle pas à la première ? Vainement la mère ne nomme-t-elle pas le père. Il s'est nommé lui-même. Si l'on admet que la reconnaissance du père est non avenue, alors évidemment elle ne vicie pas celle de la mère. Dans l'opinion que nous avons professée l'aveu de la paternité subsiste ; dès lors il résulte de la combinaison des deux actes de reconnaissance que l'enfant reconnu par la mère est adultérin, la reconnaissance qu'elle en fait est donc nulle. Nous le déciderions même ainsi si la mère avait commencé par reconnaître l'enfant et si ensuite il était reconnu par un père marié... Notre interprétation est rigoureuse. N'est-elle pas, par cela même, conforme à l'esprit de la loi. L'opinion contraire aboutit à donner un état à un enfant adultérin, ce que la loi ne veut pas. »

Nous admettons facilement la première partie de cette argumentation ; la reconnaissance de la personne mariée ne peut en fait être tenue pour inexistante ; il en subsiste quelque chose ; mais précisément parce que l'autre reconnaissance peut avoir lieu sans scandale et que le but avoué du Code civil a surtout été d'éviter le scandale (1), la jurisprudence comme

1. Duranton, III, 198 ; Demolombe, V, 577 ; Aubry et Rau, § 572, n° 8 ; Grenoble, 25 août 1875 ; Cass., 25 juin 1877, S. 78.1.277. D. 78.1.262

la doctrine, la considèrent comme valable par faveur pour l'enfant. Comme on l'a justement fait remarquer, l'annulation de la reconnaissance de l'auteur libre, provoquerait un véritable scandale par la production en justice de la première reconnaissance et de la preuve de l'adultère. Nous nous rangerons donc à l'opinion commune, pour les raisons générales invoquées par tous les auteurs et pour cette raison particulière que la reconnaissance nous apparaît comme un devoir naturel qu'il n'est point permis d'éluder. Nous développerons ce dernier point de vue dans un chapitre ultérieur.

III. — *Une seule reconnaissance a été faite mais par un auteur qui a désigné dans l'acte une personne mariée comme autre auteur.*

Cette hypothèse ne rentre pas dans celle où deux reconnaissances ont été faites dans le même acte car la désignation de l'autre auteur n'a jamais valu reconnaissance de cet auteur. La désignation du père par la mère constituerait une recherche de paternité ; aussi n'en tient-on aucun compte. Quant à la désignation de la mère par le père nous savons qu'elle n'est valable et n'opère reconnaissance de la part de la mère que si elle est faite de son aveu et consentement (art. 336). Il ne se peut donc qu'une reconnaissance d'enfant adultérin, opérée dans ces conditions, soit

considérée comme une double reconnaissance, et soit, par suite, toujours annulée.

Nous distinguons les deux hypothèses :

1° Indication de la mère par le père

2° Indication du père par la mère.

I. — *Indication de la mère par le père.*

Un homme reconnaît un enfant et désigne comme mère une femme mariée. Il faut supposer que la mère a accouché clandestinement et que l'enfant ne tombe pas sous le coup de la règle *pater is est...* Quelle sera la valeur d'une telle reconnaissance ? La doctrine et la jurisprudence sont également divisées sur ce point ; cependant, la majorité des auteurs et des arrêts se prononcent pour la nullité.

Les partisans de la validité raisonnent ainsi (1) : Dans l'acte de reconnaissance la paternité est seule démontrée, la maternité ne l'est pas puisque d'après l'article 336 « la reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère n'a d'effet qu'à l'égard du père » ; or dans le cas qui nous occupe, il y a bien l'indication mais il n'y a pas l'aveu de la mère ; une jurisprudence un peu téméraire admet bien que quand il s'agit d'enfants naturels, la désignation de la mère faite dans l'acte de naissance tient lieu de l'aveu,

1. Bourges, 12 juillet 1859, D. 59, 2. 209.

mais c'est alors que la mère est censée avoir consenti parce qu'elle y avait intérêt ; or ici, elle n'a aucun intérêt à avouer puisqu'elle est mariée et qu'elle dissimule sa maternité ; l'argument favori ne porte donc plus et l'on ne peut pas soutenir que la reconnaissance du père emporte la reconnaissance de la mère. D'autant plus que le père (et la Cour de Bourges l'a fait remarquer dans son arrêt) a pu n'indiquer le nom de la mère que pour se conformer aux prescriptions de l'article 57 du Code civil qui l'exige.

Que faut-il penser d'un tel raisonnement ? A notre avis la question est mal présentée. Il est évident que l'indication de la mère par le père n'implique nullement reconnaissance de la part de la mère, mais la question est de savoir si cette indication est nulle et de nul effet, ou si elle ne produit pas quelque effet. Il nous semble que dans l'hypothèse qui nous occupe, il existe une corrélation étroite et indivisible (argum. art. 1356) entre la désignation de la mère et celle du père (Planiol, I, 1484) et que l'adultérinité apparaît trop pour que la reconnaissance ne tombe pas sous le coup de l'article 335 ; car, selon nous, c'est que le Code a surtout tenu à proscrire, c'est le publicité du vice qui entache une reconnaissance, or la publicité est acquise dès que l'adultérinité a été constatée sur les registres publics (1). C'est pour ces motifs que

1. Laurent, IV, 144 et 148 ; Demolombe, V, 575 ; Aubry et Rau, VI, § 572 ; Planiol, I, n° 1484 ; Baudry-Lacantinerie, I, 866 ; Bastia,

nous nous rangeons à l'avis dominant de la doctrine et de la jurisprudence qui annule la reconnaissance opérée dans ces conditions ; mais nous reconnaissons que les arrêts en ont souvent invoqué d'autres et particulièrement l'équivalence de la désignation de la mère par le père et de la reconnaissance de la mère. Quelques arrêts ont même prononcé la nullité lorsque l'acte contient de simples énonciations pouvant prouver le vice d'adultérinité. (Paris, 28 janvier 1882, *Gaz. Pal.*, 82.1.409.) Mais ce dernier motif renforce notre point de vue car la désignation de la mère mariée par le père est au suprême degré une énonciation de ce genre.

2° Indication du père par la mère.

L'incertitude est la même que dans le cas précédent ; mais, à notre avis, la solution doit être différente.

Quelques auteurs, Demolombe et Laurent, soutiennent que la reconnaissance de la mère doit être

18 août 1845, P. 45.2.789 ; Bordeaux, 17 novembre 1859, D. 60.2.48 ; Cass., 1 mai 1861, D. 61.1.241 ; Paris, 17 février 1868, S. 68.2.314 ; Trib. Civ. Seine, 7 février 1884, *Gaz. Pal.*, 84.1.512 ; Paris, 12 février 1884, *Gaz. Pal.*, 84, 2, spp. II ; Douai, 2 août 1904.

Quelques-uns des arrêts ou jugements que nous venons de citer se réfèrent à des cas de filiation incestueux, mais le problème est le même et se résout par les mêmes arguments dans les deux cas.

annulée pour les raisons qui nous ont tout à l'heure fait annuler la reconnaissance du père, c'est-à-dire à cause de l'invisibilité de l'aveu contenu dans l'acte. (Argum. art. 1356). Ce raisonnement est assez logique, cependant il ne faut pas oublier deux choses : d'abord que la déclaration du père par la mère n'offre que peu de garanties, ne saurait être vérifiée, tandis que la déclaration inverse et moins fantaisiste, et moins susceptible de fraude ; ce qui fait que l'adultérinité elle-même est plus certaine ; ensuite que toute déclaration de paternité, même de la part de la mère, est absolument nulle comme contrevenant à la défense absolue de l'article 340 et si une telle déclaration se trouve enregistrée par erreur, le juge ne doit en tenir aucun compte ; il doit la réputer non écrite, inexistante. On a d'ailleurs plusieurs fois mis en évidence la contradiction qu'il y aurait à défendre d'une part la recherche de la paternité quand cette recherche pourrait être utile à l'enfant et à l'autoriser d'autre part quand il doit en résulter une déclaration (1) d'adultérinité et une déchéance. Aussi la jurisprudence comme nombre d'auteurs, s'est-elle rangée à l'opinion contraire et valide-t-elle les reconnaissances faites par la mère même quand celle-ci a désigné pour père un homme marié.

On a beaucoup discuté sur un arrêt de la Cour de

1. Aubry et Rau, V. p. 217.

Cassation, (29 janvier 1883, D. 83.1.349), qui a, dans une espèce semblable annulé la reconnaissance maternelle ; mais la situation était spéciale par ce fait que le père avait préalablement reconnu l'enfant et que la reconnaissance de la mère accompagnée d'une désignation du père apparaissait comme une double reconnaissance opérée dans le même acte, ce qui explique l'annulation dont elle a été l'objet.

IV. — *Valeur juridique des reconnaissances de fait.*

50. — On rencontre ici la même incertitude et les mêmes divergences que précédemment, car on ne peut se mettre d'accord sur la valeur d'une reconnaissance opérée en fraude de la loi. Il répugne à nombre d'esprits de la tenir pour non avenue, de la considérer comme absolument nulle. Ce dernier point de vue, en effet, aboutit à des conséquences étranges ; d'abord il écarte l'application des articles 762 et 908, ne permet pas à l'enfant de réclamer des aliments et permet de le gratifier entre vifs ou par testament ; un père qui reconnaît un enfant adultérin dans le même acte où il l'institue légataire universel doit voir son legs validé par l'annulation pure et simple de la reconnaissance. Aussi recule-t-on devant de semblables résultats, manifestement contraires à l'esprit de la loi et décide-t-on selon les espèces du plus

ou moins de valeur qu'il convient d'accorder aux reconnaissances de fait.

Le désaccord et le nombre des solutions proposées montre bien la difficulté de la question. Nous examinerons les principales en commençant par celles qui nous semblent le moins dignes de retenir l'attention (1).

1° Bedel, dans son traité de l'adultère, prétend que l'enfant ne peut se prévaloir des reconnaissances de fait pour réclamer des aliments (art. 762) mais qu'on peut les utiliser contre lui (art. 908) pour l'écarter des successions et des donations, et il invoque la lettre de l'article 335 où il est dit : « ... ne pourra avoir lieu *au profit* des enfants adultérins ni incestueux. » Cette interprétation nous paraît un contre-sens, l'expression « au profit » signifiant ici « à l'égard des » et n'impliquant aucune idée de faveur ou de défaveur, ou plutôt c'est l'acte de reconnaissance qui est censé être un acte de faveur en général et par lui-même et non dans telle ou telle de ses conséquences. Cette opinion repose sur un jeu de mots.

2° Fouët de Conflans (2) soutient la thèse contraire ; il prétend que la reconnaissance produira effet pour l'enfant et non contre lui ; cette opinion chez cet

1. *Traité de l'adultère*, n° 70.

2. Esprit de la jurisprudence en matière de succession sur l'art. 762, 4° et 5°.

auteur part d'un bon naturel ; il veut accorder des droits aux adultérins mais ce ne peut être que le vœu d'une réforme et non l'explication d'un texte, seule chose qui nous occupe actuellement.

3° La Cour de Nancy, dans un arrêt déjà ancien (20 mai 1816) (1), déclare que la reconnaissance entraîne l'application de l'article 762 si elle a été faite par acte sous seing privé et cela sans doute parce que les reconnaissances ne pouvant se faire que par acte authentique, l'article 335 paraît seules les viser ; mais cela nous semble encore contraire à l'esprit de la loi qui ne veut surtout pas admettre les filiations adultérines en quelque forme qu'elles soient constatées.

4° La Cour de Bordeaux (21 déc. 1835) (2) a décidé que l'article 762 peut s'appliquer lorsque l'enfant a accepté la reconnaissance. Décision étrange, car s'il est vrai que l'acceptation intervient pour la validité des donations, il n'en est nullement question dans les reconnaissances.

Il reste à examiner les deux grandes opinions opposées entre lesquelles la doctrine et la jurisprudence peuvent se partager en s'appuyant chaque fois sur de sérieuses raisons. La première, tout en admettant la nullité des reconnaissances, ne le consi-

1. S. 1817.2.149.

2. D. 35.2.71.

dère pas comme non avenues et leur fait produire certains effets remarquables ; la seconde les tient pour nulles de nullité radicale et incapables de produire aucun effet juridique.

Merlin (1) et Toulier (2), s'appuyant sur quelques arrêts de la première partie du XIX^e siècle ont soutenu que la reconnaissance volontaire d'un enfant adultérin produit des effets pour et contre lui ; c'est-à-dire que d'une part elle lui donne droit à des aliments et que d'autre part, elle fait annuler les libéralités de ses père et mère en sa faveur. Voici les raisons qu'ils invoquent :

1^o L'article 335 a eu pour but d'interdire l'établissement d'une filiation adultérine, parce que cette filiation établie pourrait créer des droits de succession au profit des bénéficiaires de la reconnaissance. La loi a donc eu surtout pour objet d'écarter les adultérins des successions et en outre de leur interdire de prendre le nom de leur père ; elle n'a pas pensé que l'on ne pourrait constater les filiations adultérines en justice, quand il s'agirait simplement de leur appliquer les prohibitions prévues. L'adultère est un fait

1. *Répertoire de jurisprudence*, t. XII, filiation 20 et 22.

2. T. II, 967, 969. La reconnaissance a effet pour et contre l'enfant. Bruxelles, 29 juillet 1811. Sirey, 1811.2.484 ; Nancy, 20 mai 1816 ; Paris, 14 décembre 1835. Dev. 1836.2.63 ; Rennes, 31 avril 1834. Dev. 1836.2.506 ; Lyon, 25 mars 1835. Dev. 1835.2.241 ; Toulouse, 5 mars 1827. Dev. 1827.2.162.

que les tribunaux ont mille autres occasions de connaître ; on ne voit pas pour quelles raisons, il leur serait exceptionnellement interdit de la rechercher. D'autant plus que cette interdiction peut provoquer une violation de la loi, dans le cas, par exemple, où des parents reconnaissent un enfant adultérin et dans le même acte lui abandonnent toute leur fortune. La doctrine de la nullité absolue autorise un tel résultat, manifestement contraire au but poursuivi par le législateur.

2° Les articles 762 et 908, pour ne pas être lettre morte, doivent trouver leur application. Or, quand s'appliquent-ils, si on dénie tout effet aux reconnaissances de fait ? Il y a bien quelques circonstances (nous les étudierons plus loin) où l'adultérinité se trouve établie en dehors de toute reconnaissance, mais elles sont assez rares et il est peu vraisemblable que le législateur ait consacré plusieurs articles du Code à des hypothèses exceptionnelles ; tout laisse croire qu'il a, au contraire, prévu le cas le plus général, celui qui nous occupe, et cela d'autant plus que les articles 762 et 908 placés respectivement au titre des successions et des donations entre vifs ne semblent pas exiger des enfants adultérins une preuve extraordinaire de leur filiation ; les preuves ordinaires paraissent suffisantes, car on conçoit fort bien qu'elles permettent à l'enfant de réclamer des aliments, sans que pour cela la reconnaissance produise

ses effets habituels qui sont de conférer, à celui qui en est l'objet, un droit de succession et le droit de porter le nom de son père; et l'article 335 doit s'interpréter ainsi : La reconnaissance des enfants adultérins est interdite ; celles qui auront lieu seront sans effet c'est-à-dire qu'elles ne confèrent à l'enfant ni droit de succession, ni droit de porter le nom de l'auteur de la reconnaissance ; elles le priveront même de la capacité de recevoir entre vifs ou par testament.

3° Cette interprétation est d'ailleurs conforme à l'avis exprimé au Corps Législatif par Siméon et Jau-
bert (1), (Séance du 29 germinal an XI, discussion de l'art. 762). « Un homme aura signé comme père, dit Siméon, un acte de naissance, sans faire connaître qu'il est marié à une autre femme que la mère du nouveau-né ou que la mère est sa sœur ; l'enfant, ignorant le vice de sa naissance, se présentera dans la succession pour y exercer les droits d'un enfant naturel, on le repoussera par la preuve qu'il est né d'un père qui ne pouvait légalement l'avouer ; mais l'aveu de fait écrit dans son acte de naissance lui restera et lui procurera des aliments. Cette disposition est conforme à l'ancien droit ; il était donc nécessaire de la conserver ; car enfin les enfants adultérins ou incestueux n'en sont pas moins des hommes et

1. Loaré X, p. 294 et XI, p. 442.

tout homme a droit de recevoir au moins des aliments de ceux qui lui ont donné la vie. » Ces orateurs déclarèrent donc que les aliments seraient accordés aux enfants adultérins ou incestueux au cas où leur filiation serait constatée par un jugement ou par une « reconnaissance illicite ». Le doute sur l'intention des rédacteurs du Code ne paraît donc pas possible et les reconnaissances de fait ne doivent pas être tenues pour non avenues.

Telle est la première opinion dont nous ne songeons pas à contester la solidité des arguments : nous la croyons même fondée en raison et soutenable au point de vue social ; mais nous voulons, dans ce chapitre, nous placer au seul point de vue juridique, c'est-à-dire rechercher les solutions les plus conformes à la lettre comme à l'esprit de la loi : ainsi que celles que la jurisprudence adopte dans la majorité des cas. Nous sommes donc obligés de déclarer que cette opinion, si attrayante, ne saurait prévaloir et qu'en fait elle n'a point prévalu. La seconde a fini par triompher et voici les raisons qui en justifie le succès.

1°. — L'opinion du législateur ne saurait être douteuse et l'avis de Siméon est comme isolé au milieu d'avis contraires. Dans le cas de l'article 335 comme dans celui de l'article 340, le Code a posé une interdiction rigoureuse dont la nullité absolue devait être la sanction naturelle, et cette rigueur, que nous vou-

drions atténuer, n'a rien qui puisse surprendre dans une législation napoléonienne. Nous rappellerons, à ce propos, l'histoire de l'article 335. Celui-ci, comme on le sait, ne figurait pas dans le projet primitif ; c'est la Cour de Lyon qui, dans ses observations véhémentes sur les inconvénients de cette lacune, l'y fit introduire et dans son souci de défendre « les mœurs et la vertu » elle n'avait point omis de trancher le cas qui nous occupe et avait proposé d'ajouter un nouvel article ainsi rédigé : « La loi prohibe la reconnaissance des enfants adultérins et incestueux ; celles qui pourraient être faites seront nulles comme non avenues et ne pourront donner aucune action. Elles seront biffées à la diligence du commissaire du Gouvernement. Le père ou la mère qui les auraient faites seront condamnés correctionnellement à six mois de détention et à une amende égale à deux années de leur revenu. L'officier civil qui les aurait sciemment reçues sera destitué et condamné à six mois de détention. »

Ces dispositions ne passèrent pas dans le projet présenté au Conseil d'État dans la séance du 14 brumaire an X. Mais il ne faut pas en conclure que la section de législation désapprouvait les conclusions de la Cour de Lyon (1). Bien au contraire car dans la séance du 26 brumaire le premier consul qui pensait

1. Locré III, p. 61.

à tout demanda la raison de cette omission et le rapporteur lui répondit : « Les tribunaux ont cru que ces enfants ne pouvaient pas être reconnus, et la section a cru que le mieux était de ne pas en parler. » Pourtant sur l'avis de quelques conseillers qui firent remarquer combien il était imprudent de laisser une telle question à la merci des juges, on décida d'insérer dans la loi un texte formel et on rédigea l'article 12 de la seconde rédaction présentée le 12 frimaire an X : « Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu qu'au profit des enfants nés d'un commerce libre. »

Plus tard, au Tribunat on remplaça les mots : « nés d'un commerce libre » par ces autres : « nés de personnes auxquelles il était libre de s'unir par mariage », à cause de la contestation qui se serait sans doute élevée relativement aux enfants incestueux.

Au moment de la discussion devant le Corps législatif (1), Duveyrier soutint cette opinion avec la véhémence habituelle aux orateurs de cette époque : « La manifestation d'un désordre caché n'est jamais pour l'intérêt social, compensée par la réparation d'un dommage individuel. Cette raison si puissante placera nécessairement la même exception comme un obstacle devant la faculté si naturelle et si juste donnée à un père, à une mère, de reconnaître leurs

1. Loisé XI, n^{os} 43 et 44.

enfants naturels. Cette reconnaissance sera impossible s'il faut l'appuyer sur l'inceste ou sur l'adultère. L'officier public ne la recevra pas et si, malgré lui, l'acte contient le vice qui l'infeste, cette reconnaissance nulle ne pourra profiter à l'enfant adultérin ou incestueux pour qui elle aura été faite. Rendons grâce à cette innovation morale... »

Lahary ne fut ni moins éloquent ni moins affirmatif (au Tribunal, séance du 28 ventôse an XI) : « La naissance d'un enfant, fruit de l'inceste et de l'adultère, est une vraie calamité pour les mœurs. Loin de conserver aucune trace de son existence, il serait à désirer qu'on pût en éteindre jusqu'au souvenir. C'est dans cette vue et dans cette intention qu'est conçu l'article 329 (335 du Code)... »

Nous n'avons cité tous ces textes si connus que pour faire sentir quelle était l'opinion de la majorité de ceux qui ont créé le Code. Pour eux l'adultère est un crime et l'enfant du crime doit cacher, comme une honte, tout ce qui peut rappeler la tare de son origine et c'est pourquoi, à son égard, la reconnaissance doit être dépourvue de tout effet ; la reconnaissance elle-même est un crime et le juge qui l'entend ne peut que refuser d'entendre. Tel fut le point de vue de ceux qui, de près ou de loin, contribuèrent à édifier ce monument rigide qu'est notre Code civil ; aussi ne saurait-on tenir compte des paroles si sensées de Siméon au Corps législatif ; il parlait un lan-

gage que ses auditeurs ne comprenaient pas puisqu'il rappelait les anciens usages et invoquait des arguments d'humanité. L'ancien régime admettait les reconnaissances d'adultérins. Qu'est-ce que cela pouvait signifier aux yeux de législateurs tout puissants qui avaient, par principe, brisé avec le passé ? L'homme a le devoir de nourrir ceux qui sont nés de lui. Non. L'homme ne doit nourriture qu'aux enfants légitimes ; les autres sont sans droits ; la loi ne leur accorde que des faveurs et en ce qui concerne les adultérins elle entend ne leur en accorder aucune. Deux mentalités se trouvaient ainsi en conflit : celle qui s'imposa était impitoyable et suivait les principes en ligne droite ; c'était une mentalité de militaires logiciens ; elle ne pouvait admettre qu'un acte défendu produisit quelque effet.

2° Les autres arguments invoqués en faveur de la nullité relative ne sont pas plus probants. Les articles 762 et 908 ne sont pas lettre morte pour ne pas s'appliquer aux reconnaissances de fait ; nous verrons que par ces articles le législateur a entendu viser certains cas où l'adultérinité se trouve constatée dans un jugement et où il était impossible de ne pas la constater ; à la vérité cette interprétation restreint leur champ d'application ; mais il suffit que ces articles s'appliquent pour que leur utilité se trouve justifiée ; nous ajouterons même que cette interprétation seule est juridique, les incapacités étant de droit

étroit et ne pouvant s'étendre arbitrairement, or, les articles 762 et 908 frappent les adultérins de la double incapacité de succéder et de recevoir par donation ou par legs.

Dans l'opinion que nous combattons, ce serait l'article 335 qui se trouverait anéanti. La sanction de la nullité absolue peut seule lui conférer quelque utilité ; on objectera que l'enfant reconnu illégalement ne pourra prendre le nom de son père ; or cette conséquence est sans importance en comparaison des droits patrimoniaux qui lui sont refusés dans les articles 762 et 908. Les termes absolus de l'article 335, comme la volonté clairement exprimée du législateur de 1804, condamnent une doctrine qui en serait l'abrogation tacite. Une telle réforme sera peut-être l'œuvre du législateur de demain, mais nous ne pouvons admettre que le pouvoir judiciaire anticipe sur les lois futures et se substitue ainsi au pouvoir législatif.

Avec la majorité de la doctrine et de la jurisprudence (1), nous nous rangerons donc à la théorie de la nullité absolue des reconnaissances d'enfants adul-

1. Laurent, IV, n° 141 (Douteux n'admet pas la nullité absolue) ; Demolombe, V, n° 587 ; Duranton, III, n° 195 ; Baudry-Lacantinerie 1, 868 ; Planiol, 1.2.827 ; Aubry et Rau, VI, p. 225, (admet la nullité absolue mais aussi la nullité de la libéralité) ; Cass., 11 nov. 1819 ; 19 avril 1847. D. 47.1.128 ; 18 mars 1846. D. 46.1.344. S. 47.1.30 ; Di-

térins quelles que puissent être les conséquences de cette nullité parce que le strict respect de la loi est la meilleure garantie contre l'arbitraire et contre l'anarchie, et si, avec d'autres, qui l'ont fait avant nous, nous insistons sur ce point; c'est que la Cour de cassation, dans un cas que nous examinerons plus loin, a cru devoir s'écarter de la solution traditionnelle et consacrer une interprétation nouvelle dangereusement libre.

**Conséquences pratiques de la nullité absolue
des reconnaissances de fait.**

51. — De cette nullité nous tirerons plusieurs conséquences dont la jurisprudence a consacré le plus grand nombre.

1° Les héritiers du père ou de la mère ne pourront arguer de cette reconnaissance pour faire réduire les libéralités dont l'enfant adultérin aurait été l'objet.

2° L'enfant ne pourra s'en prévaloir pour réclamer des aliments sur la succession de ses auteurs.

3° L'enfant adultérin pourra épouser l'auteur qui

jon, 29 août 1818 (D. chron.) ; Bastia, 30 avril 1855. S. 55.2.619; Reg. 30 juillet 1860. D. 60.1.458.

Contre. — Civ. rejet., 22 janv. 1867. D. 67.1.5; Req., 6 déc. 1876. D. 77.1.494 ; Amiens, 14 janvier 1864. D. 64.2.121 ; Caen, 11 déc. 1876. D. 78.2.173; Poitiers, 11 décembre 1824; Bordeaux 21 décembre 1835.

l'aurait reconnu. Nous n'hésitons pas devant cette conséquence.

4° L'article 911 du Code civil qui annule les dispositions en faveur d'un incapable par personnes interposées ne s'applique pas. Le père ou la mère de l'enfant aculérin ne peuvent ici être réputés personnes interposées.

5° Les libéralités contenues dans l'acte même de reconnaissance ne pourront être annulées. Cette dernière conséquence, conforme au principe de la nullité absolue, a soulevé les plus vives critiques et la jurisprudence se refuse à l'admettre. Les tribunaux avaient bien validé les donations ou les legs faits par acte séparé de l'acte de reconnaissance (1); ils ont reculer devant la conséquence logique du principe reconnu dans le cas précédent, quand l'auteur de la reconnaissance lui laissait une libéralité dans l'acte même de reconnaissance; ils ont annulé la libéralité.

Les arguments, sur lesquels ils s'appuient, sont bien connus; nous en avons déjà rencontré quelques-uns.

a) Les deux énonciations du titre formant un tout indivisible (arg. art. 1356) on ne peut tenir compte de l'une sans tenir compte de l'autre, et les deux doivent avoir le même sort.

1. Cass., 18 nov. 1862. S. 63.1.469; Aix, 30 mai 1866. . 67.2.73. Nîmes, 22 déc. 1866. S. 67.2.174.

b) La donation entre vifs est annulable comme contraire à la prohibition de l'article 908.

c) La donation est nulle pour cause illicite c'est-à-dire contraire aux lois et aux bonnes mœurs (article 1131 et 1133).

d) Elle est encore nulle comme contrevenant à l'article 6 du Code civil qui interdit d'une façon générale toute convention particulière dérogeant aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Toutes ces raisons ne résistent pas à l'examen ; elles trahissent seulement le désir de refaire le Code, de l'accorder avec ce qui semble meilleur. La reconnaissance est nulle et la Cour l'a reconnu. Or on ne doit en tenir aucun compte, d'autant plus que cette reconnaissance faite le plus souvent par acte sous seing privé, dans un testament olographe sera doublement nulle. Mais alors le père pourra faire une donation à un enfant adultérin. Qu'est-ce que cela peut faire ? La loi ne le défend par les articles 762 et 908 que dans certains cas ; dans les autres elle l'autorise, et la jurisprudence elle-même l'autorise puisqu'elle valide les libéralités faites par acte séparé alors qu'il est bien évident que le donataire est l'enfant adultérin du donateur. Les deux cas sont identiques et il n'est point juridique de les trancher dans deux sens opposés.

A l'objection tirée de la cause on a depuis long-

temps répondu que la Cour confondait la cause avec le motif, que la cause d'une donation ne saurait être illicite puisqu'elle consiste dans l'intention d'obliger autrui (1), que l'immoralité du motif n'a jamais fait annuler une donation (2) et qu'enfin il est de jurisprudence constante d'annuler et de tenir pour non avenues dans les testaments les clauses, conditions, énonciations contraires aux bonnes mœurs.

Dans le cas qui nous occupe, en effet, les deux énonciations ne peuvent pas être liées comme dans le cas des deux reconnaissances opérées dans le même acte, parce que ces deux énonciations sont de nature différente et d'inégale valeur. Il est évident que l'acte a eu pour but la donation ou le legs et que la désignation de la filiation du donataire est partie accessoire de cet acte ; la seule solution juridique est de ne point tenir compte d'une telle désignation échappée par erreur à l'ignorance du donateur ou plus souvent du testateur (3).

Cette contradiction entre les principes et les solutions admises montre une fois de plus la nécessité qu'il y aurait de refondre certaines parties du Code et de dire la loi une fois pour toutes. En attendant

1. Demolombe, 5, 588 ; Laurent 16, 109.

2. Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 818.

3. V. sur cette question des développements abondants dans *Rép. Dalloz : Paternité et filiation*, n° 731.

nous resterons fidèles aux principes posés par le législateur de 1804, nous réservant d'examiner ultérieurement la valeur même des principes, et la question de savoir si le législateur de demain n'en pourrait point admettre de nouveaux.

CHAPITRE II

Recherche de Filiation adultérine de la part d'un enfant ou d'un tiers.

52. La reconnaissance n'est pas le seul mode d'établissement de la filiation des enfants naturels ou légitimes ; celle-ci peut encore résulter d'une action en recherche de paternité ou de maternité intentée par l'enfant ou par des tiers intéressés (les héritiers le plus souvent).

En matière de filiation adultérine, l'interdiction de la loi est formelle ;

Art. 342. — Un enfant ne sera jamais admis à la recherche, soit de la paternité, soit de la maternité, dans les cas où suivant l'article 335, la reconnaissance n'est pas admise.

Nous n'avons donc pas à nous étendre longuement sur ce point ; le principe posé par le législateur est clair et ne soulève généralement aucune difficulté. L'action doit être refusée à l'enfant, toutes les fois qu'elle tendrait à donner à cet enfant une filiation adultérine. Elle doit l'être également aux tiers. On a

contesté l'irrecevabilité de ces derniers en arguant du texte même de l'article 342 qui dit : « Un enfant ne sera jamais admis... », et l'on en a conclu que les tiers pourraient rechercher en justice la filiation adultérine d'un enfant. Cette opinion a été, à juste titre, universellement repoussée (1) et l'on ne conçoit même pas qu'elle ait pu avoir un semblant de crédit, car le texte du Code n'est point ici défectueux. L'enfant seul étant appelé à rechercher sa filiation, il eût été superflu d'y mentionner les tiers. Un arrêt de la Cour d'Aix (5 janvier 1882) a formellement décidé que l'interdiction de l'article 342 était d'ordre public et que la recherche étant interdite tant au profit de l'enfant que contre lui, les tiers ne pourraient l'opérer en aucun cas. Ainsi il a été décidé qu'on ne pouvait attaquer la reconnaissance d'un enfant naturel faite par son père en alléguant qu'il résulte de cet acte et d'autres pièces que cet enfant est adultérin du côté de sa mère. (Pau, 27 juillet 1822.) De même les héritiers légitimes ne sont point à admis établir que le légataire universel est l'enfant adultérin du testateur qui l'a institué. (Bourges, 7 mai 1810.) Nous examinerons les cas qui ont pu paraître douteux en indiquant les solutions qui leur ont été données.

1. Merlin, *Répertoire*, t. XVI n° 18, 19 ; Duranton, t. III, n° 207 ; Demolombe, t. V n° 570 ; Aubry et Rau, t. VI § 572 ; Cass., 1^{er} avril 1818. S. 1818.1. 244 ; Grenoble, 7 mai 1849. S. 50.2.209 ; Aix, 5 janv. 1882. D. 82.1.131.

a) *Recherche de paternité*

La recherche de la paternité étant interdite, il semble qu'*a fortiori* toute recherche de paternité adultérine le soit également. Cela est vrai en général, mais quelques auteurs (1) ont soutenu que dans le cas exceptionnel, prévu par l'article 340, où la recherche de la paternité est autorisée, la recherche de la paternité adultérine devait l'être aussi. Or la lecture attentive de l'article 342 : « Un enfant ne sera jamais admis... », ne permet pas de retenir une telle opinion et la plupart des civilistes (2) enseignent qu'un enfant ne peut pas agir en recherche de paternité contre le ravisseur de sa mère quand soit le ravisseur, soit la mère, étaient mariés à l'époque de l'enlèvement parce que cette action aboutirait à la constatation d'une filiation adultérine.

b) *Recherche de maternité*

La recherche de la maternité est admise. La recherche de la maternité adultérine est interdite. La plupart des difficultés proviennent donc de l'incertitude

1. Loiseau. *Des enfants naturels*, p. 735 ; Grenier. *Des donations*, t. I, n° 130 ; Malpel. *Des successions*, n° 169.

2. Demolombe, V, n° 565 ; Aubry et Rau, VI, § 572 ; Laurent, IV, n° 150 ; Marcadé. *Commentaire de l'article 342*.

où l'on est sur la véritable nature de certaines recherches de maternité. Celle-ci apparaît clairement dans certains cas, par exemple, quand un enfant dirige son action contre la femme mariée et qu'il résulte d'un jugement que le mari de cette femme ne peut être le père de l'enfant (1) ou encore, quand l'enfant appuie sa demande de documents et de preuves qui prouvent également la non-paternité du mari (2) ou encore quand un enfant reconnu par son père naturel a joui constamment de la possession d'état conforme à cette reconnaissance et qu'il vient à rechercher sa filiation maternelle contre une femme mariée (3). Dans tous ces cas la demande sera écartée, car il n'est pas douteux que si elle triomphait, elle aboutirait à la constatation officielle d'une filiation adultérine. Mais quelquefois la solution n'apparaîtra pas aussi clairement et c'est ce qui se produira toutes les fois qu'une demande en recherche de maternité aura été précédée de la part d'un homme autre que le mari soit d'une reconnaissance valable, soit d'une reconnaissance de fait annulée pour un vice quelconque.

Examinons ces deux hypothèses séparément.

Un enfant qui a été l'objet d'une reconnaissance d'enfant naturel de la part d'un homme libre peut-il revendiquer la maternité d'une femme mariée ?

1. Cass., 22 février 1843. S. 43.1.180.

2. Cass., 1^{er} mai 1849. D. P. 49.1.198.

3. Bordeaux 25 mai 1848. D. 48.2.169.

Si l'enfant admet cette reconnaissance, il ne pourra évidemment pas poursuivre son action.

Mais s'il la récuse, s'il prétend avoir été l'objet d'une reconnaissance non sincère et revendiquer une maternité légitime, quel sort devra-t-on réserver à une telle demande ? La repousser systématiquement serait injuste et autoriserait les pires abus de la part de tiers peu scrupuleux, puisque la reconnaissance s'opère librement, sur simple déclaration. Aussi exigera-t-on que l'enfant conteste cette reconnaissance suspecte et autorisera-t-on le tribunal à en examiner la valeur (1). Cette solution, qui semble satisfaire tous les intérêts, a été admise par la jurisprudence (2) et la Cour de cassation fonde son droit d'examiner la valeur de la reconnaissance volontaire du père sur l'article 325 qui permet d'apporter, contre un enfant qui réclame une maternité légitime, toutes les preuves susceptibles d'établir qu'il n'est pas l'enfant du

1. D'autres solutions ont été proposées. Duranton fidèle à un principe juste en soi mais *contraire à la loi* ? voulait que l'enfant poursuivît son action et que, s'il triomphait, on annulât la reconnaissance du père, la filiation maternelle ayant toujours la priorité sur la filiation paternelle.

Quelques autres penchaient pour le rejet systématique de la demande.

2. Aubry et Rau, t. IV, p. 553 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 193 ; Demolombe, V, n° 567 ; Rouen, 26 juillet 1838, S. 38.2.401 ; Cass., 1^{er} mai 1849, S. 49.1.198 ; Rouen, 14 mars 1877, D. 77.2.193. Bordeaux, 27 janvier 1857, S. 57.1.177 ; Cass., 27 janvier 1857, S. 57.1.177.

mari de la mère ; or ces preuves, (en l'espèce la reconnaissance), doivent être appréciées par le tribunal. Cette interprétation nous semble dangereuse, car si la reconnaissance est reconnue sincère, l'enfant ne pourra prouver sa filiation maternelle, or l'article 325 (*in fine*) laisse, au contraire entendre que la maternité a pu être prouvée alors que la paternité du mari était écartée. L'article 325 (*in fine*) vise uniquement le cas d'une action en désaveu intentée subsidiairement par le mari !

Quoi qu'il en soit, nous admettons que l'enfant ne pourra rechercher sa maternité qu'après avoir fait tomber la reconnaissance de la part de celui qui prétend être son père.

Dans la seconde hypothèse, l'enfant a été reconnu par un homme marié qui a désigné comme mère une femme libre. Pourra-t-il rechercher la maternité contre cette femme conformément à l'article 341 ? La réponse dépend de celle que l'on a faite sur la valeur des reconnaissances entachées d'adultérinité. Si on leur accorde quelque effet, cette reconnaissance, tant qu'on n'en aura pas contesté la sincérité, empêchera l'enfant de présenter sa demande ; si on les tient pour nulles et non avenues, comme nous l'avons préféré, l'enfant sera admis à rechercher librement sa maternité contre la femme désignée dans l'acte (1). Quelques arrêts ont été rendus en ce sens.

1. Limoges, 23 novembre 1892. (D. 94.2.318.)

Mais, à notre avis, l'enfant ne pourra pas se servir de cet acte comme commencement de preuve par écrit, puisque nous avons admis que la reconnaissance était radicalement nulle (1).

Le Code n'autorise donc aucune recherche en justice de filiation adultérine ; en cela il reste fidèle au principe qui lui a fait annuler les reconnaissances et qui nous a contraint de considérer comme radicalement nulles, celles qui auraient été opérées en fraude de la loi ; le tribunal ne doit pas connaître de tels débats, pour éviter le scandale, sans doute, mais surtout pour éviter que les filiations adultérines ou incestueuses ne soient officiellement constatées dans un jugement et ne soient ainsi pourvues d'un titre authentique. Les articles 762 et 908 ne peuvent donc s'appliquer à des enfants qui rechercheraient et prouveraient en justice le vice de leur origine. Nous allons voir qu'il en est de même, en général, pour ceux qui invoqueraient, ou contre qui l'on invoquerait, la possession d'état.

1. En ce sens. Cass., 25 juin 1877. D. 78.1.262. En sens contraire. Grenoble, 12 déc. 1850. D. 51.2. 245 et Cass. 7 janvier 1852, D. 52.1.75.

CHAPITRE III

De la possession d'état en matière de filiation adultérine.

53. — Les divergences d'opinion sur la véritable nature de la possession d'état ont soulevé des controverses nombreuses ; aujourd'hui que l'accord s'est établi sur une solution moyenne, conforme à l'esprit du Code, nous croyons inutile de les rapporter en détail ; nous nous contenterons de les signaler en exposant l'état actuel du droit sur la question. Celle-ci se trouve régie par les trois principes suivants généralement admis :

1° La possession constante d'enfant légitime, à défaut de titre, prouve la filiation légitime (art. 320).

2° La possession d'état ne prouve en aucun cas la filiation naturelle.

3° La possession d'état, à plus forte raison, ne prouve point la filiation adultérine.

Examinons le deuxième et le troisième principes qui ont été l'objet de critiques doctrinales.

Le deuxième a été combattu par Demolombe (1),

1. T. V, p. 459.

qui, vers 1835, a voulu faire prévaloir une théorie très favorable aux enfants naturels. Cet auteur s'est d'abord appuyé sur l'autorité de Portalis et sur les paroles qu'il avait prononcées au Conseil d'État ; puis, reprenant pour lui-même l'opinion personnelle de cet auteur de la loi, il présente la possession d'état comme un titre d'un ordre supérieur, dispensant de tous les autres, valant comme reconnaissance continue et absolument infaillible. Une telle argumentation qui serait peut-être excellente dans une critique du Code, est inadmissible dans un exposé du Code ; car le commentateur ne peut devenir ainsi législateur par la seule vertu de son talent. Or toutes les dispositions de la loi contredisent l'opinion de Demolombe. Les paroles de Portalis, isolées au milieu d'avis contraires, sont sans autorité ; on en peut seulement retenir que sur ces questions de filiation les auteurs de la loi hésitèrent plus d'une fois car ils se trouvaient en présence d'une matière insuffisamment étudiée, mais on ne saurait en tirer un argument décisif dans un sens ou dans l'autre.

La possession d'état n'est en outre qu'une preuve testimoniale, or l'on sait que la grande innovation du Code a été de reléguer au second plan cet ordre de preuves et de lui préférer en toutes circonstances la preuve par titre ; pour la reconnaissance il exige même un titre authentique ; un acte sous seing privé serait sans valeur et ces exigences ont un motif qui est

d'empêcher les adoptions dans les cas défendus, c'est-à-dire dans la plupart des cas.

Enfin, et pour suprême raison, la loi qui indique la possession d'état comme preuve de la filiation légitime, n'en fait aucune mention dans la section qui traite de la filiation naturelle ; cette omission ne peut qu'avoir été voulue.

En toutes ces matières, l'esprit du Code est exactement exprimé dans cette parole de Napoléon (1) : « La société n'a pas d'intérêt à ce que la filiation des bâtards soit connue. » Rien de plus net ni de plus énergique ; cela est critiquable et nous le critiquerons dans un chapitre ultérieur, mais cela ne souffre pas de doute et on ne peut qu'errer en suivant d'autres principes. Aussi nous inclinerons-nous devant l'évidence et admettrons-nous, avec la jurisprudence, que la possession d'état ne prouve jamais la filiation naturelle, tant du côté de la mère que du côté du père.

Le troisième principe a trouvé aussi un contradic-

1. Séance du Conseil d'État du 26 brumaire an X.

2. Orléans, 10 mai 1860. D. 60.2.144 ; Cass., Reg. 16 déc. 1861. D. 62.1.29 ; Agen, 27 nov. 1866. D. 66.2.235 ; Cass. civ., 3 avril 1872. D. 72.1.113 ; Poitiers, 8 juin 1881. D. 81.2.78 ; Toulouse, 2 février 1884. D. 85.2.227 ; Paris, 11 juin 1889. D. 92.2.253 ; Paris, 3 août 1893. D. 97.2.97 ; Trib. civ. Seine, 14 déc. 1900 et Paris, 31 janvier 1902, *France judiciaire*, 1902, p. 102.

teur. (1) Celui-ci, il est vrai, s'appuyait sur l'opinion de Demolombe et admettait que la possession d'état prouvait la filiation naturelle; il en concluait qu'elle devait aussi prouver la filiation adultérine, car, sans cela, les articles 762 et 908 seraient sans application et le scandale que la loi a voulu éviter, éclaterait dans toute son immoralité; certains enfants notoirement adultérins se verraient refuser des aliments, tandis que d'autres recueilleraient la totalité d'un patrimoine. Pour répondre à ces arguments, il faut, ici encore, renvoyer leur auteur au texte de la loi et à son esprit. Les articles 762 et 908 comme nous le verrons au chapitre suivant, trouveront, bien que rarement, leur application; on n'a point le droit d'en élargir le champ arbitrairement surtout quand on sait que le silence est la règle générale en matière d'adultérinité; du moment qu'une reconnaissance authentique est annulée, on ne comprend pas comment la possession d'état qui n'est qu'une reconnaissance tacite, produirait un effet quelconque; ce serait détruire ce que l'on aurait construit, ce serait abroger les articles 335 et 342; ce serait permettre l'aveu en justice du délit d'adultère; il est certain que le Code repousse une pareille déformation et nous la repousserons aussi, comme interprétateurs. Comme réformateurs, nous serons peut-être d'un avis différent, mais alors

1. Hérold. *Revue pratique*, t. I, p. 193.

il sera permis de rechercher le droit idéal ; pour l'instant, nous ne devons connaître que du droit positif, le droit de la loi, applicable et respectable tant qu'elle n'a point été abrogée.

Nous croyons donc pouvoir affirmer que la possession d'état ne prouve dans aucun cas la filiation adultérine et ne saurait permettre l'application des articles 762 et 908 du Code civil.

CHAPITRE IV

Des enfants légalement adultérins.

54. — Puisque l'adultérinité d'une filiation ne peut résulter ni d'une reconnaissance volontaire, ni d'une recherche en justice, ni de la possession d'état, puisque d'autre part les articles 762 et 908 du Code civil la supposent établie, il n'est pas difficile de découvrir les cas où ils s'appliqueront et où les enfants seront légalement considérés comme adultérins. La preuve authentique de l'adultérinité résultera toujours d'une décision du tribunal; mais puisque, dans la plupart des cas, le tribunal doit écarter la demande, il ne reste plus que deux hypothèses où il l'admettra, et ce sera quand un texte de loi l'y autorisera spécialement ou quand sa bonne foi aura été surprise. Dans la première les circonstances ont paru au législateur motiver une dérogation au principe général; dans la seconde, l'autorité de la chose jugée s'impose d'une manière absolue et annihile le principe. Nous les examinerons successivement.

a) *Adultérinité résultant d'un jugement rendu con-*

formément à un texte de loi. — 1^o Le premier cas est celui de l'action en désaveu de paternité intentée conformément aux articles 312, 313 ou 325 du Code civil.

Aux termes des articles 312 et 313 le mari peut, en établissant certains faits déterminés (art. 312) ou même sur simple demande (art. 313, § 2) désavouer l'enfant né de sa femme; celui-ci par la force des choses se trouvera authentiquement adultérin puisque l'adultère est le motif même de l'action.

De même dans le cas de l'article 325 un enfant recherche sa maternité et triomphe, mais le mari de la mère intervient et prouve qu'il n'est pas le père de l'enfant, celui-ci se trouve désavoué *ipso facto* et adultérin.

Nous ne parlerons pas ici de l'enfant né avant le 180^e jour du mariage (art. 314) car, en cas de désaveu il n'est pas adultérin, mais naturel simple.

2^o Le second cas est celui où un mariage contracté de mauvaise foi par les deux époux a été annulé pour cause de bigamie. La mauvaise foi des deux époux l'empêche de produire les effets du mariage putatif, en l'espèce la légitimité des enfants, et comme dans la période qui précède l'annulation, le second mariage a existé en fait, comme les rapports des époux ont été régis par les articles 218 et 214 du Code civil qui obligent la femme à cohabiter avec son son mari, il en résulte que la nullité, invoquée

conformément à l'article 184 du Code civil, entraîne la reconnaissance de l'adultérinité des enfants, conçus et nés pendant que le premier mariage était pleinement valable, et ce résultat se produit tant pour la bigamie de l'homme que pour celle de la femme (1).

Dans ces deux hypothèses remarquables un texte de loi oblige le juge à déroger à l'esprit des articles 335 et 342 et à constater officiellement une filiation adultérine ; il déclare que le mari n'est pas le père ; et c'est cette constatation dans un acte authentique d'une concession nécessairement adultérine qui donne à l'enfant le caractère d'enfant adultérin, au sens des articles 762 et 908 du Code civil.

Le législateur n'a pas voulu refuser au mari l'action en désaveu dans certains cas, par crainte de scandales et d'abus, et il a cru devoir rejeter ces enfants hors de la famille en ne leur accordant que des aliments, car c'eût été consacrer jusqu'à un certain point leur filiation que de leur attribuer la condition d'enfants naturels simples. Nous verrons dans un chapitre ultérieur ce que l'on peut penser d'une telle conception.

b) *Adultérinité constatée par erreur de droit ou de*

1. Aubry et Rau, t. IV, § 572 ; Marcadé, sur l'art. 335, n° 3 ; Demolombe, t. V, n° 587 ; Baudry-Lacantinorie, I, n° 868 ; Planiol, I, n° 2927. *Contra* : Valette sur Proudhon, t. II, p. 157.

fait). — Il peut arriver que la bonne foi du tribunal soit surprise et qu'il soit amené à constater une filiation reconnue plus tard adultérine ; il peut même se faire que, contrairement à l'interdiction des articles 335 et 342, il ait recherché et proclamé l'adultérinité d'un enfant ; dans le premier cas, il y aura erreur de fait, dans le second erreur de droit. Et ces hypothèses se réalisent assez souvent pour qu'on les examine attentivement.

Nous citerons seulement les deux espèces suivantes :

Un Anglais, précédemment marié à la Jamaïque, sir Georges Booth Barritt, s'était installé en France ; là il avait contracté un second mariage dont naquirent trois enfants ; un de ces enfants Lucilia Barritt avait épousé un sieur Maunoury.

A la mort de sir Georges Booth Barritt, sa fille (la dame Maunoury) réclama ses droits de succession ; la veuve de Barritt, mère de celle-ci, intervint alors et soutint que sa fille n'avait aucun droit puisqu'elle était enfant adultérine, le premier mariage contracté à la Jamaïque n'ayant jamais été dissous.

Le tribunal, en l'espèce, la Cour de Caen, était ainsi appelé à statuer sur une recherche de filiation adultérine ; il aurait dû écarter la demande et repousser la preuve d'une telle filiation ; il ne le fit point et rendit un arrêt qui déclarait l'enfant adultérin et inapte à succéder à son père.

La Cour de cassation, saisie de cet étrange cas de violation de la loi, dut se prononcer entre deux principes, le respect des articles 335 et 342 et l'autorité de la chose jugée « *res judicata pro veritate habetur* » (1). Elle se décida pour le second, malgré toutes les bonnes raisons qui militaient en faveur du premier et c'est depuis cet arrêt que l'on considère comme légalement établie toute filiation adultérine constatée dans un jugement.

Une autre espèce peut-être plus fréquente que la précédente s'est présentée ainsi : Un père avait reconnu un enfant naturel et sur une demande de la mère, le tribunal, se fondant sur cette reconnaissance, avait fixé la part contributive du père à l'entretien de l'enfant ; ce ne fut que plus tard que l'on s'aperçut que le père naturel était marié (2). Ici encore la Cour de cassation refusa d'annuler la décision du tribunal et l'enfant eut désormais une filiation adultérine légalement établie.

Les autres cas se ramènent aux précédents. Il s'agit toujours d'une preuve glissée par erreur dans un jugement. La jurisprudence se refuse à la tenir pour non avenue par respect pour la chose jugée ; nous ne la critiquerons pas parce que nous ne pensons pas que le Code civil ait voulu repousser toute consta-

1. Cass., 12 déc. 1854 . S. I., p. 593.

2. Cass. Reg., 3 août 1908. *Gaz. Pol.*, 1908. 2. 387.

tation de filiation adultérine. Par les articles 335 et 342 il a seulement voulu l'empêcher dans les deux cas où elle aurait été la plus fréquente et la plus scandaleuse, l'aveu des auteurs ou la recherche des intéressés ; dans les autres, il l'a tolérée et même admise (1) ; aussi, avec plusieurs auteurs, croyons-nous bien fondée l'interprétation de la jurisprudence.

Maintenant que nous savons quels enfants sont légalement adultérins, il nous reste à examiner la condition juridique de ces enfants, c'est-à-dire l'étendue de leurs droits et de leurs obligations à l'égard de leurs auteurs.

1. Aubry et Rau, t. IV, § 572 n° 2. Demolombe, t. V, § 587, n° 3.

CHAPITRE V

Condition juridique des enfants légalement adultérins.

§§. — Nous traiterons ce chapitre sous une forme abrégée, quoique aussi complète que possible, parce que la jurisprudence semble aujourd'hui fixée sur presque tous les points autrefois discutés et que la plupart des questions ont déjà été étudiées d'une manière définitive par de nombreux auteurs. Il serait sans profit pour notre thèse de les reproduire. Nous ne voulons que montrer la condition juridique de ces enfants qui se trouvent dans la situation assez exceptionnelle d'adultérinité légale et cela afin de relever encore quelques regrettables lacunes du Code et aussi afin d'en tirer quelques conclusions générales sur les réformes possibles en cette matière.

L'étude de la condition juridique des personnes se ramène à celle de leurs droits et de leurs obligations ; nous examinerons donc successivement les droits et les obligations des enfants adultérins, mais nous ne le ferons que sur les points qui, à un titre quelconque,

ont pu sembler douteux ; pour les autres, disons qu'ils jouissent des mêmes droits et sont soumis aux mêmes obligations que tout le monde.

I. — Droits des enfants adultérins.

Par droits il faut entendre ici non seulement l'aptitude à revendiquer tel ou tel avantage, mais encore l'ensemble des conditions qui constituent l'état et la capacité des personnes. Le mot est pris dans son sens le plus général, et nous y comprendrons des faits de nature assez différente, tels que la détermination du nom et celle des droits successoraux.

1° *Nom.* — L'enfant adultérin porte le nom de celui de ses auteurs à l'égard duquel sa filiation adultérine se trouve établie : il porte le nom de son père si elle l'est à l'égard des deux.

Aucun texte du Code n'autorise cette solution ; néanmoins elle est communément admise par les mœurs, par la doctrine (1) et la jurisprudence (2). Un seul auteur (3), Bedel, a enseigné que l'enfant adultérin doit toujours prendre le nom de sa mère. Il fonde son opinion sur un arrêt de la Cour de Bruxelles (4)

1. Demolombe, V, n° 596 ; Aubry et Rau, VI, p. 224.

2. Paris, 22 mars 1828. S. 29.2.75 ; Douai, 26 décembre 1835 S. 37.2.188 ; Bordeaux, 4 juin 1861. S. 62.2.14.

3. Bedel. *Traité de l'Adultère*, n° 98.

4. Bruxelles, 5 janvier 1807. S. 1807.2.62.

mais sans en donner d'autre motif. Il nous semble pourtant qu'il aurait pu en trouver d'excellents, en invoquant la priorité naturelle de la filiation maternelle sur la filiation paternelle et les avantages sociaux qui en résultent dont le principal est de ménager les susceptibilités de ceux qui considèrent le nom du père comme un monopole familial et un pavillon réservé.

Notons que le nom d'un enfant adultérin de fait ou de droit est nécessairement instable puisqu'une reconnaissance ou au contraire l'annulation d'une reconnaissance peut l'en faire changer (1). A cet égard encore, il serait préférable d'adopter le nom de la mère comme règle invariable.

2° *Aliments*. — Cette question, la première qui se présente à l'esprit est résolue par l'article 762.

Art. 762. — (L. 25 mars 1896.) Les dispositions des articles 756, 758, 759 et 760 ne sont pas applicables aux enfants adultérins ou incestueux.

La loi ne leur accorde que des aliments.

Que signifie ce texte ? A notre avis si l'on considère qu'il est situé au titre des successions, que les articles 756, etc., auxquels il renvoie, n'ont trait qu'aux droits successoraux des enfants naturels, il signifie seulement ceci : « Les enfants adultérins ne succèdent pas à leurs auteurs ; la loi ne leur accorde que des

1. Paris, 9 mai 1894. D. 95.2, 272.

aliments *sur leur succession* » ; la loi en effet ne dit rien de plus (1).

Cependant tous les commentateurs, toutes les cours, l'entendent autrement et lui font dire : « La loi ne leur accorde que des aliments sur leur succession *et de leur vivant*. » Et voici les conséquences que l'on tire habituellement de cette large interprétation.

L'enfant adultérin peut réclamer des aliments à ses père et mère de leur vivant, dès qu'il en a le besoin (2).

On doit lui appliquer les règles ordinaires de la créance d'aliments (3).

Il peut réclamer des aliments à son père marié sans qu'on puisse lui opposer l'article 337. Mais le père pourra être tenu à récompense vis-à-vis de la communauté (art. 1437).

Il pourra les réclamer à sa mère mariée ; mais, en cas de communauté, il ne pourra en poursuivre la créance que sur la nue propriété de ses biens personnels (art. 1410, 1424).

Il doit faire la preuve de son état de besoin.

La créance sera payable en argent.

1. La référence aux paroles de Siméon (*Travaux préparatoires*, Locré, X, p. 294) ne prouve rien. Nous ne nions pas que le législateur ait eu l'intention d'accorder des aliments aux enfants adultérins du vivant de leurs auteurs, nous faisons seulement remarquer que rien dans le texte ne manifeste cette intention.

2. Cass., 27 août 1811. S. 1812.1.13 ; Bordeaux, 22 fév. 1851. S. 1851.1.494.

3. Aubry et Rau, VI, § 572 ; Demolombe, XIV, n° 127.

On étend aux parents des enfants adultérins les articles 210 et 211 qui les autorisent à recevoir chez soi et à nourrir le créancier d'aliments dans certains cas.

L'enfant ne peut plus exiger d'aliments lorsque le père et la mère lui ont fait apprendre un art mécanique où lorsque l'un d'eux lui aura assuré des aliments de son vivant (art. 764).

L'art mécanique est le métier qui permet de gagner sa vie, quel qu'il soit. Jugé que la couture n'est pas un art mécanique et ne peut dispenser de la dette d'aliments (Toulouse, 30 avril 1828. Dalloz. *Répertoire, Successions*, n° 374). Les tribunaux apprécient souverainement.

La dette d'aliments peut être payée sous forme de donation ou de legs à condition que ceux-ci ne dépassent pas le montant de la créance.

3° *Éducation*. — Le Code est muet sur ce point et nous ne pensons pas que l'on puisse tirer une opinion quelconque de l'article 764 qui refuse des aliments sur la succession lorsque, de leur vivant, les parents de l'enfant adultérin lui en ont fourni, ou lui ont fait apprendre un art mécanique. En tout cas, il n'y est fait mention que d'aliments ; or le devoir d'éducation exige davantage ; il comporte une instruction en rapport avec les moyens et la situation des parents et nous ne pouvons admettre qu'on puisse l'invoquer dans l'espèce qui nous occupe. Ce-

pendant les auteurs et la jurisprudence, complétant et retouchant le Code, n'hésitent pas à parler d'un devoir d'éducation à l'égard des adultérins ; il est vrai qu'ils ne le font que timidement et entendent par éducation la prestation d'aliments au sens large, la nourriture, une instruction élémentaire et l'apprentissage d'un métier. Ces réformes ne nous déplaisent point ; nous voudrions seulement qu'elles fussent moins arbitraires et formellement inscrites dans la loi.

4° *Donations entre vifs ou testamentaires.* — Article 908, § 3. — « Les enfants adultérins ou incestueux ne pourront rien recevoir par donation entre vifs ou par testament au delà de ce qui leur est accordé par les articles 762, 763 et 764. »

Cet article, si nous l'entendons bien, signifie : les adultérins ne peuvent recevoir aucune donation entre vifs ou testamentaires ; si on leur fait donation ou legs des aliments qui peuvent leur être dus et aux cas où ils seraient dus, cette donation ou ce legs seront valables.

D'où il résulte que toute libéralité faite par un père à un enfant adultérin sera annulée comme ayant une cause illicite (1), et que toute libéralité, qui n'aurait pas un caractère alimentaire ou qui serait faite à un enfant qui n'est pas dans le besoin, sera annulable ;

1. Reg. 29 juin 1887. D. 88, 1, 295.

la nullité pourra en être demandée par tout intéressé (1), c'est-à-dire par les héritiers et les légataires et les créanciers, et même par l'État, mais non par les père et mère donateurs (2).

La jurisprudence a adopté ce point de vue (3).

Notons que l'enfant adultérin, à qui l'on aurait fait une libéralité excessive, devrait l'abandonner aux héritiers, mais ne serait point tenu d'en rapporter les fruits (art. 856).

5^e Art. 911. — « Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées.

Seront réputées personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants et l'époux de la personne incapable. »

Cet article est-il applicable aux enfants adultérins ? Nous le pensons et la jurisprudence l'admet (4) pour cette raison que l'article 911 n'est que le prolongement de l'article 908, le moyen d'en assurer le res-

1. Aubry et Rau, t. VI, p. 226 ; Demolombe, t. XIV, n^o 132 ; *Contra*. Loiseau, p. 755 et 756. Loiseau prétend que seuls les héritiers *ab intestat* peuvent invoquer la nullité. L'art. 908 n'ayant été porté que dans leur intérêt.

2. Demolombe, t. XVIII, n^o 556.

3. Montpellier, 27 déc. 1855. S. 57.1.179 ; Amiens, 29 février 1857. S. 57.2.366.

4. Cass., 13 juillet 1813. S. 1813.1.361 ; Toulouse, 5 mars 1827. S. 1827.2.62 ; Cass., 1^{er} août 1827. S. 1827.1.49 ; Lyon, 25 mars 1835. S. 1835.2.241.

pect. L'interposition de personnes a toujours été un procédé pour tourner la loi ; nous ne concevons donc pas la théorie qui ne la repousserait point. On a objecté (1) que le père ou la mère ne pouvant transmettre la donation ou le legs à l'enfant adultérin, il n'y avait point interposition de personnes. C'est une erreur ; ce que la loi veut éviter, c'est non seulement une tradition de droit, mais encore une tradition de fait ; ce qui ne manquerait pas de se produire si le père ou la mère ou un tiers pouvaient bénéficier d'une libéralité suspecte.

Ainsi un père ne pourra léguer sa fortune à un tiers à charge de la transmettre à son enfant adultérin.

De même le père adultérin ne pourra faire aucune libéralité à la mère adultérine et vice versa. Dans cette dernière hypothèse, l'interposition de personnes est présumée, dans la précédente elle devait être établie.

Il ne s'agit toujours que des enfants dont l'adultérinité a été légalement constatée ; pour les autres, ils sont à l'égard de leur auteur adultérin comme des étrangers et l'article 911 ne saurait leur être applicable (2).

6° *Reconnaissance*. — Dans le cas de désaveu, le plus fréquent avons-nous vu, on s'est demandé si l'enfant ainsi rejeté de la famille ou non admis à en

1. Demolombe V, n° 600 ; Grenoble, 15 juillet 1811. S. 1812, 2.436.

2. Cass., 19 mars 1828. S. 1828, 1.313.

faire partie, pourrait être reconnu par un tiers, en qualité d'enfant naturel simple. Une telle reconnaissance nous semble impossible à cause du caractère d'adultérinité qui lui est désormais attaché et dont on ne saurait faire abstraction (1). La reconnaissance tombera donc sous le coup de l'article 335.

7° Droits successoraux. — Les enfants naturels simples sont héritiers ; ils ont la saisine comme les enfants légitimes (art. 724, L. du 25 mars 1896). Mais il n'en est pas de même des enfants adultérins qui sont hors de la famille, qui ne sont héritiers à aucun titre et qui ne sont même pas préférés à l'État en l'absence d'autres successibles. A l'ouverture de la succession testamentaire ou *ab intestat* de leurs père et mère, ils n'ont donc d'autre droit que celui de réclamer des aliments, conformément à l'article 742 comme nous l'avons déjà dit, et ces aliments ne sont dus que sur la succession, c'est-à-dire que si la succession est nulle, les héritiers n'en sont point tenus.

Cependant il existe un cas où l'enfant adultérin hérite d'un de ses auteurs : c'est celui où il est le fils d'un père marié et d'une mère libre ; dans ce cas, nous semble-t-il, il est considéré comme naturel simple à l'égard de sa mère (2) et il en héritera si elle l'a préalablement reconnu, (art. 756, L. 25 mars

1. En ce sens, Planiol, 1, n° 1484.

2. Même si sa filiation paternelle se trouve constatée dans un jugement.

1896). Il n'en serait pas de même dans l'hypothèse inverse. Le père libre ne pouvant, comme nous l'avons vu précédemment, reconnaître un enfant désavoué, ne pourra en faire son héritier et s'il l'avait reconnu avant que le désaveu intervint, cas difficilement réalisable, sa reconnaissance serait nulle et de nul effet. Pourtant nous devons reconnaître que dans toutes ces hypothèses, si l'enfant hérite, ce n'est qu'en qualité d'enfant naturel simple et jamais comme adultérin. Or nous n'avons pas pu résoudre la question de savoir si un enfant doit être considéré comme adultérin à l'égard de ses deux auteurs quand l'un d'eux est libre et l'a reconnu avant que son adulternité ne soit constatée et cette impossibilité provient du silence du Code et de l'absence de principes directeurs assez certains. La différence, que nous avons établie entre l'enfant reconnu par sa mère libre et l'enfant reconnu par son père libre, repose sur cette idée que la paternité étant toujours incertaine et sa recherche interdite, la mention que pourrait en faire un tribunal ne saurait être considérée comme une preuve définitive, et la filiation paternelle ne pouvant être légalement établie, le fils ne peut jamais hériter de son père même non marié.

Toutes distinctions disparaîtraient d'ailleurs devant un texte un peu précis sur la matière qui nous occupe ; et nous pensons que sa nécessité finira par attirer l'attention du législateur.

8° *Adoption*. — Nous admettons la solution adoptée par la jurisprudence relativement aux enfants naturels simples et nous pensons qu'ils peuvent être adoptés par leurs auteurs et ce résultat paraît d'autant plus raisonnable que l'adoption remplacera souvent une légitimation omise par la négligence d'une reconnaissance préalable au mariage (1). Il en sera de même des adultérins de fait, étrangers à l'égard de leurs parents et que l'on ne pourrait écarter qu'en recherchant leur filiation adultérine, ce que la loi ne permet pas (2).

Mais que décider au sujet des enfants légalement adultérins ? Plusieurs auteurs (3) ont fait ressortir les différences entre l'adoption et la légitimation et ils en ont conclu que la première pouvait se réaliser alors que la seconde demeurait impossible. Mais ce n'est pas sur une assimilation de ces deux institutions que nous fonderons notre opinion mais sur ce principe que le législateur ne veut pas que l'enfant adultérin succède publiquement aux biens de son auteur, ce qui se produirait du moment qu'il s'agit d'un enfant dont l'adultérinité est manifeste. Aussi ne croyons-nous pas pouvoir admettre l'adoption dans ce dernier cas, d'une façon générale (4). Mais nous voudrions

1. *Contra*. Demolombe, VII, n° 32.

2. Grenoble, 7 mai 1849. S. 1850.2.209.

3. Aubry et Rau, VI, p. 556.

4. Cass., 13 juillet 1826. S. 1827.1.202 ; Dalloz, *Répertoire, Adoption*, n° 59.

qu'on l'admit dans les cas où conformément à la loi du 7 novembre 1907 la légitimation est autorisée, car alors, l'enfant adultérin par une réhabilitation subite, devient capable de succéder. La solution que nous proposons et que nous maintenons par respect de la loi actuellement en vigueur n'est donc qu'une solution transitoire, appelée à disparaître avec le système incomplet, contradictoire et incohérent qui nous régit.

L'adoption des enfants adultérins n'est pas possible ; elle le sera.

9° *Contrats*. — Les enfants adultérins sont libres de passer avec leurs père et mère ou avec les enfants légitimes de ceux-ci tous les contrats qui n'auront point pour objet de tourner la loi.

Ainsi l'on a jugé que le père ou la mère pouvaient prendre l'engagement de nourrir l'enfant (1).

Jugé aussi que la convention par laquelle des enfants légitimes issus d'un premier mariage et les enfants adultérins que le mariage subséquent de leurs père et mère n'a pu légitimer, arrêtent que les deux communautés résultant de ces deux mariages et qui avaient été confondues, seront réunies et partagées entre eux par portions égales, et nonobstant tout testament ultérieurement découvert, est valable ; une

1. Nancy, 20 mai 1816, Dalloz *Répertoire, Paternité*, n° 733 ; Caen, 10 juin 1852. D. 1862.2.129.

telle convention n'ayant pas pour effet de conférer aux enfants adultérins la qualité d'héritiers (1).

II. — Obligations des enfants adultérins.

Il n'est pas ici question des obligations légales, c'est-à-dire de celles qu'un texte de loi impose aux enfants envers leurs parents. Les enfants adultérins à cause de leur situation exceptionnelle, sont assujettis à certaines d'entre elles et dispensés de certaines autres. Les motifs du classement dans l'une ou l'autre catégorie sont le plus souvent arbitraires et trahissent l'embaras des juges qui se trouvent pris entre les exigences du Code qui voudrait supprimer tout lien de parenté entre les père et mère et leurs enfants adultérins et les exigences de la nature qui ne veut pas être violée. Nous ne chercherons donc pas à justifier telle ou telle solution ; nous les prendrons et les exposerons pour ce qu'elles valent, c'est-à-dire pour des essais de transaction, le plus souvent arbitraires, entre le droit écrit et le droit naturel.

A. — *Obligations dont est tenu l'enfant adultérin.* — 1° On admet que l'enfant adultérin est tenu de l'obligation de l'article 371 et qu'en conséquence il doit à ses parents « honneur et respect à tout âge ».

1. Reg. 20 mars 1852, D. 52.1.392.

2° Il ne peut exercer contre eux la contrainte par corps (loi du 22 juillet 1867, art. 15).

3° S'il commet un meurtre sur la personne de son père ou de sa mère, il se rend coupable de parricide (C. pénal, art. 299).

4° Il ne peut pas épouser ses père et mère (art. 161). Cette prohibition généralement admise (1) est une de celles qui montre le mieux l'impossibilité qu'il y a d'ignorer totalement une filiation adultérine. Dans l'hypothèse d'un enfant adultérin de fait, on doit admettre la possibilité de mariage entre le père et sa fille dans le droit actuel ; or, un tel résultat est monstrueux.

5° Les adultérins seront placés en tutelle dative et leur tuteur sera nommé par un conseil de famille composé d'amis des père et mère (art. 409, C. civil).

B. — *Obligations dont l'enfant adultérin est dispensé.* — 1° L'enfant adultérin n'étant rattaché par aucun lien de parenté à ses auteurs est dispensé des obligations qui résultent de la puissance paternelle.

Ainsi, il n'est point tenu d'obtenir leur consentement pour son mariage (art. 148 et 158) mais il devra obtenir celui du conseil de famille (art. 159) nommé conformément aux prescriptions de l'article 409.

Il n'est point soumis à la puissance paternelle

1. Aubry et Rau, t. VI, § 567 ; Loiseau, p. 746 ; Demolombe, t. III, n° 98. *Contra* ; Bedel, p. 174.

et la loi du 2 juillet 1907 ne le concerne pas (1).

Il n'est point soumis à la tutelle légale.

2° L'enfant adultérin ne doit point d'aliments à ses parents. Ce point est débattu et nombreux sont les avis contraires (2). On invoque la réciprocité de la dette alimentaire (art. 207) et la prescription de l'article 371 qui exige « honneur et respect » de la part de l'enfant mais ces arguments ne nous paraissent point décisifs, car la réciprocité est bien de la nature de la dette alimentaire mais non de son essence et l'on peut imaginer des cas où elle vient à cesser ; par exemple, quand la belle-mère a convolé en secondes noces, l'obligation du gendre s'éteint mais non celle de la belle-mère. Quant au devoir « d'honneur et de respect », il ne nous semble pas contenir l'obligation d'aliments, c'est un devoir négatif qui consiste à ne pas faire, à s'abstenir. Aussi sommes-nous ici de l'avis de MM. Aubry et Rau (3) et dirons-nous avec eux : « Si le législateur a imposé aux père et mère l'obligation de donner des aliments à leurs enfants incestueux ou adultérins, c'est pour punir

1. *En ce sens* : Demolombe, t. V, n° 797.

En sens contraire : Loiseau, p. 742 (les arguments invoqués par Loiseau sont des plus sérieux et des plus sensés ; mais ils s'attaquent aux principes mêmes du Code et c'est pourquoi nous ne pouvons en tenir compte dans un exposé purement juridique.

2. Demolombe, XIV, n° 131 ; Baudry Lacautinerie, t. III, n° 2029.

3. Aubry et Rau, t. IV p. 227, 228.

ces parents du crime dont ils se sont rendus coupables envers leurs enfants et envers la société.

Quoi qu'il en soit et bien que personne ne doive tirer profit d'un délit, il est toujours choquant que les enfants se sentent autorisés à se désintéresser de leurs parents.

3° Les parents n'ont aucun droit dans la succession *ab intestat* de leurs enfants adultérins et la raison en est qu'il n'y a d'héritiers que ceux qui sont appelés par la loi ; or, la loi n'appelle point ceux qui ont été rejetés hors de la parenté et hors de la famille. A défaut d'héritiers légitimes, adoptifs ou naturels, la succession d'un enfant adultérin sera donc dévolue d'abord au conjoint survivant et ensuite à l'État (1).

Seul Loiseau (p. 757, n° 16) est d'un avis contraire mais ici encore cet auteur s'en prend aux principes mêmes du Code et veut que l'enfant adultérin ne soit pas considéré comme exclu de la parenté de ses père et mère. C'est un point de vue excellent en soi et que nous reprendrons dans un chapitre ultérieur quand le moment sera venu de critiquer le système général du Code civil en matière de filiation naturelle et adultérine ; nous ne pouvons nous y rallier dans un chapitre qui n'a d'autre objet que de rechercher quelle a bien pu être la volonté du législateur.

1. Nîmes, 13 juillet 1824, S. 1825.2.318.

56. — Nous avons achevé l'étude des problèmes que soulève la filiation adultérine sous le régime du Code, régime encore en vigueur, ce qui explique les développements que nous avons donnés à cette partie de notre travail. La loi du 7 novembre 1907, en autorisant la légitimation dans certains cas, n'y a rien changé ; et, bien que l'imperfection par trop évidente du Code civil en cette matière, impose une réforme prochaine, aucun projet de loi ne laisse prévoir la date où elle se réalisera. C'est donc bien une loi actuelle que nous venons d'étudier, quoique à la lecture ont ait l'impression de quelque chose d'archaïque et d'abrogé. Les lois civiles, n'intéressant que peu la vie quotidienne de la masse, sont sujettes à moins de changements que les lois politiques et sociales : elles sont les dernières à se réformer et à disparaître, et seule l'inertie législative des Parlements pour tout ce qui ne présente pas un intérêt électoral immédiat explique la persistance d'une législation sans rapport avec les mœurs, les opinions, les croyances, la mentalité de l'époque à laquelle elle s'applique.

La situation des enfants adultérins est lamentable ; mais elle ne l'est pas également pour tous. Leur filiation ne peut être normalement établie, mais les conséquences de cette interdiction ne pèsent pas également sur tous ceux qui en sont frappés et cette inégalité de condition juridique et sociale doit, après

l'insouciance des Parlements, être considérée comme la cause de l'état de délaissement où ils sont abandonnés.

De l'étude qui précède, on aperçoit aisément la distance qui sépare les différentes catégories auxquelles peuvent appartenir les enfants adultérins, selon que ce caractère provient de leur mère ou de leur père, selon qu'ils sont légitimes ou naturels. Pour mieux nous rendre compte, de ces distinctions que le terme générique d'enfants adultérins ne laisse pas assez voir, examinons successivement chacune des catégories possibles, en y comprenant celle qu'a pu créer la loi du 7 novembre 1907 et dont nous réservons l'étude pour un chapitre ultérieur.

1° *Enfants adultérins de la mère et réputés enfants du mari.* — Ces enfants régis par la règle *pater is est* sont légitimes, sont pourvus d'une famille, à moins qu'ils ne soient désavoués, ce qui se produira assez rarement ; ils jouissent d'une situation relativement privilégiée et nombre de bons esprits estiment qu'à leur égard tout est pour le mieux et qu'ils auraient mauvaise grâce à réclamer. Pour nous qui n'avons que peu de foi dans la vertu du mensonge, nous voyons plutôt cet enfant grandir dans un malaise perpétuel et recevoir, à la nouvelle de sa tare de naissance, un ébranlement moral qui attristera toute sa vie ; car, dans l'état de nos mœurs, nul n'est fier d'une origine irrégulière et inavouable. Tel est le

sort de ces adultérins privilégiés dont le nombre est proportionnellement égal dans toutes les classes de la société ; avec peut-être un léger fléchissement du pourcentage dans la bourgeoisie.

Mais l'hypothèse que nous venons d'examiner, la plus favorable, se transforme souvent en une autre qui l'est beaucoup moins. Il arrive, en effet, surtout dans la classe ouvrière, que le mari disparaît ; la femme, par besoin ou par inclination, se met alors en ménage avec le premier venu et de ce concubinat naissent des enfants. Ceux-ci auront exactement la même condition juridique que les précédents ; mais leur condition sociale sera autrement défavorable ; car ici le mensonge n'est plus possible, la règle *pater is est* qui s'impose est une dérision ; les enfants ont aux yeux de tous une filiation certaine qu'on leur dénie ; ils sont condamnés à porter le nom d'un inconnu ; ils ne peuvent réclamer d'aliments à qui que ce soit, ni à leur père légal qui est absent, ni à leur père naturel qui ne leur doit rien puisque sa paternité ne peut être avouée ; enfin si leurs parents naturels viennent à se marier, jamais ils ne pourront être légitimés, jamais ils ne pourront hériter de leur père réel et par contre ils seraient aptes à recueillir l'héritage de leur père nominal que la loi leur impose. Tout cela représente un très grave désordre où la nature est violentée, où le désarroigagne les consciences, où le vrai et le faux sont affreusement mélangés,

et au milieu duquel se débattent des êtres, victimes de dures déchéances, sans que l'on aperçoive l'utilité sociale, la raison supérieure de ces déchéances.

2° *Enfants adultérins de la mère qui ne sont pas réputés enfants du mari.* — Ce sont les enfants dont la mère est accouchée clandestinement et qu'elle n'a pas reconnus. Ils peuvent bien rechercher leur maternité, mais le plus souvent ils n'en ont pas les moyens, et dans le cas contraire, ils n'y auront aucun intérêt, car le désaveu probable du père les jetterait dans la classe des enfants légalement adultérins, la pire de toutes. D'un autre côté, ils n'auront aucun recours contre leur père naturel, puisque la recherche de la paternité est interdite ; celui-ci pourra bien les reconnaître mais à la condition que la maternité n'ait point été déjà revendiquée et qu'elle ne soit point indiquée dans l'acte. Toutes ces restrictions permettent donc de les considérer comme des enfants abandonnés, c'est-à-dire privés de famille ; et nous pensons que les premiers efforts du législateur devraient être de réduire au minimum le nombre de ces bâtards ; la famille est la source de la morale ; c'est dans son sein que s'opère ce merveilleux dressage de l'individu qui le transforme en homme sociable ou en honnête homme, et les sans famille sont la pépinière des malheureux, des révolutionnaires et des criminels.

3° *Enfants adultérins du père.* — Ce sont ceux qu'un homme marié a eu de ses relations avec une concu-

bine. Ils sont adultérins à l'égard de leur père et naturel simples à l'égard de leur mère; ils ont donc la condition d'enfants naturels, mais avec cette double aggravation qu'ils ne peuvent jamais être reconnus par leur père et ne pourront jamais être légitimés, alors que leurs frères consanguins naîtront légitimes. Ce résultat, déplorable par sa sévérité aveugle, est un de ceux qui ont le plus ému l'opinion publique, sans doute parce qu'il se présente plus souvent. Nous y reviendrons ultérieurement; disons seulement ici que le mouvement a été assez fort pour aboutir à ce commencement de réforme réalisé par la loi du 7 novembre 1907.

4° *Enfants légalement adultérins.* — Nous avons vu dans quels cas exceptionnels la filiation adultérine pouvait se trouver légalement constatée; et nous savons de quelles dures déchéances sont frappés les enfants de cette catégorie; qu'ils soient désavoués ou déclarés adultérins par jugement, ils sont chassés de la famille, exclus de tout patrimoine, réduits aux aliments; du fait de leur naissance, ils ont encouru une condamnation, une excommunication et sont tombés d'une condition meilleure dans une condition pire, la pire de toutes, car elle ne laisse aucun espoir de réhabilitation. Le mal, à notre avis, n'est pas qu'ils soient frappés, car la société peut exiger le sacrifice de l'individu, mais qu'ils soient frappés sans utilité et sans logique.

5° *Enfants adultérins légitimables conformément à la loi du 7 novembre 1907.* — Ce sont les privilégiés. Grâce à la date de leur conception, ils peuvent échapper à la plus pénible incapacité, ils peuvent être légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs et acquérir ainsi la condition commune ; c'est un relèvement subit auquel nous ne voyons aucun inconvénient sérieux, et qui nous semble comporter de notables avantages. L'homme s'améliore toujours quand il monte en grade. Nous retrouverons cette catégorie d'enfants dans le chapitre consacré à l'étude de la loi du 7 novembre 1907 ; nous l'avons mentionnée ici pour faire un tableau complet des diverses situations que peut occuper un enfant adultérin selon les cas.

La sévérité excessive du Code ne fait donc plus de doute. En donnant aux adultérins une condition très inférieure à celle des enfants naturels, en leur interdisant toute recherche de filiation et en leur refusant le bénéfice de la légitimité, le législateur de 1804 a fait preuve d'une rigueur dont furent bien éloignés le droit romain et le droit canonique, il les a frappés avec acharnement, comme des ennemis, sans réfléchir qu'il créait ainsi des ennemis à la société. Quelles raisons avait-il donc de ne pas les traiter comme des enfants naturels simples, solution qui apparaît la première à tout esprit non prévenu ou non déterminé par quelque mobile particulier ?

Est-ce la crainte du scandale ? Les orateurs de l'époque, Lahari, Siméon, l'ont affirmé, mais nous ne pouvons les croire. La révélation de l'adultère n'est pas un si grand scandale ; elle fait l'objet de débats quotidiens dans les prétoires, elle est une cause du divorce, institution napoléonienne ; en réalité, elle ne scandalise personne et, dans le cas d'enfants adultérins, la reconnaissance de leur filiation ne saurait surprendre, puisqu'elle ne serait que la consécration d'un état de fait que nul n'ignorait.

Mais le législateur n'a précisément pas voulu consacrer un état de fait contraire à la loi, et c'est une raison historique qui explique sans la justifier la sévérité surprenante dont il a usé. A cette date, la Révolution et Napoléon venaient de rompre l'ancien ordre de choses et de faire reposer la famille sur le mariage civil et la filiation sur les actes de l'état civil. Il était donc à craindre que ces institutions nouvelles ne résistent pas à la force des habitudes traditionnelles ; il fallait fonder un mariage civil solide et protégé par une législation rigoureuse et pour cela le préserver des deux éléments destructifs de tout mariage : le concubinage et l'adultère ; par les déchéances dont furent frappés les enfants naturels on s'oppose au concubinage ; par les déchéances des adultérins, on voulut prévenir l'adultère et ces dernières furent plus graves parce que l'adultère apparaissait comme une offense directe à la majesté du mariage

civil, comme une dérision capable d'en compromettre l'existence ; les concubinaires simples s'en tiennent éloignés, mais du moins ne le profanent point ; les adultères, au contraire, le souillent et le détruisent ; ils commettent un sacrilège et leur délit prend le nom de crime.

C'est seulement par ces considérations historiques que l'on peut expliquer, après le libéralisme de la Révolution, le retour brusque à un système assez draconien pour punir chez l'enfant la faute des parents. Mais, objectera-t-on, les déchéances encourues par les enfants naturels simples, punissent aussi l'innocent par-dessus le coupable. A notre avis, répondons-nous, la différence de conditions entre les enfants légitimes et naturels est absolument indispensable au maintien de l'institution du mariage et cette nécessité, à nos yeux, justifie tout ; ensuite, les déchéances sont peu graves et nous verrons que l'état qui en résulte doit être considéré plutôt comme constituant le droit commun et l'état d'enfant légitime comme un privilège conféré par la loi à ceux qui réalisent leur union dans certaines conditions. Les concubinaires simples ne commettent aucune faute ; ils ne sont que coupables de ne pas avoir contracté, à leur profit et au profit de leurs enfants, cette assurance particulière organisée par le mariage et l'on ne peut pas dire que l'enfant naturel soit puni ; l'enfant adultérin, au contraire, l'est et très gravement.

La question qui se pose actuellement en France, comme dans la plupart des pays civilisés, est la suivante : « Y a-t-il un intérêt social à infliger aux enfants adultérins une condition très inférieure à celle des enfants naturels simples et dans quel sens, à cet égard, s'oriente l'opinion publique ? » Ni la dignité ni l'existence du mariage civil ne sont plus en danger ; cette institution est définitivement admise de tous ceux que n'égare aucune passion ; elle est respectable comme le sont toutes les institutions modernes rendues nécessaires par les nouveaux principes politiques.

A la première partie de la question, nous ne répondrons ici que brièvement, devant la reprendre ultérieurement ; nous y répondrons par la négative en nous appuyant seulement sur les deux constatations suivantes ; jamais la crainte des déchéances imposées à l'enfant né de l'adultère, n'a empêché un seul adultère de se commettre ; les pays comme l'Autriche, la Suède, le Danemark, la Norvège, la Roumanie, la Suisse, qui admettent la légitimation des adultérins par mariage subséquent de leurs auteurs, ne voient ni s'affaiblir l'organisation familiale, ni progresser le nombre des adultères.

A la seconde partie de la question : « Quelle est l'orientation de l'opinion ? » nous ne donnerons pas de réponse ferme parce que l'opinion, tant en Europe qu'en France, paraît hésitante. On ne sait où est la

vérité ; on la cherche à tâtons. Cependant plusieurs signes permettent d'affirmer que le régime du Code civil soulève d'abondantes protestations chez les intellectuels, les juristes et les ouvriers, c'est-à-dire dans la partie la plus active de la nation. Nous les retrouverons en étudiant la préparation de la loi de 1907 ; ce que nous avons exposé dans ce chapitre permet déjà de saisir un mouvement doctrinal contre l'absolu de la loi. L'effet relatif accordé par certains aux reconnaissances de fait, le refus par la jurisprudence de valider une libéralité contenue dans un acte de reconnaissance, (cass., 19 nov. 1862), le rôle et l'autorité accordés par Demolombe et par Hérold à la possession d'état, la valeur probatoire des décisions de justice dans les cas que nous avons exposés (1), tout cela témoigne d'une tendance tenace à réagir contre la défense des articles 335 et 342 et à tenir compte des réalités, c'est-à-dire des filiations adultérines, dès qu'elles apparaissent suffisamment prouvées. A chaque instant, nous avons dû lutter, au nom du respect du Code, contre ce désir légitime autant qu'illégal, de ne pas fermer les yeux devant l'évidence, de ne pas ignorer judiciairement ce que chacun connaît, et d'admettre la preuve de toute filiation. Aussi, bien qu'aucune proposition de loi n'ait

1, L'admission de certains adultérins à la légitimation par la loi de 1907.

été déposée, nous pensons que cette poussée de protestations finira par provoquer une révision des articles 335 et 342 et qu'une réforme, plus ou moins large, permettra d'établir par reconnaissance ou par recherche en justice, la filiation des enfants adultérins et nous croyons aussi que ce jour-là, la famille continuera, comme par le passé, à être, parmi nous, le foyer des traditions, le berceau de l'homme et l'abri de la race ; elle n'aura rien à craindre des quelques malheureux exilés qui se rapprocheront d'elle, non pour la détruire, mais simplement pour prendre à ses côtés leur place naturelle ; car c'est toujours faire œuvre de paix que de supprimer une source de haine.

TROISIÈME PARTIE

DE LA LÉGITIMATION DES ENFANTS ADULTÉRINS

CHAPITRE PREMIER

Légitimation des enfants adultérins sous le régime du Code civil.

57. — Par la légitimation, il ne s'agit plus seulement d'établir une filiation, mais de faire passer un enfant de l'état d'enfant naturel à l'état d'enfant légitime. Il est remarquable que cette question, en ce qui concerne les adultérins, ait préoccupé assez les esprits pour amener une réforme du Code (Loi du 7 nov. 1907) tandis que celle de la filiation n'a paru digne d'aucun intérêt. Quelle que soit la cause de cette différence, nous nous bornerons ici à la constater et à rechercher la situation qui était faite aux enfants adultérins sous le régime du Code civil, en acceptant provisoirement la définition traditionnelle de la légitimation.

L'ancien article 334 qui réglait la matière posait à cet égard une interdiction absolue :

Texte de l'ancien article 331.

Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux et adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration.

Les tribunaux ont toujours respecté cette interdiction dans tous les cas non douteux, par exemple dans celui où un homme marié vient à épouser, après son veuvage ou son divorce, une concubine dont il a eu des enfants pendant son mariage. Ces enfants ne pouvaient jamais être légitimés.

Mais à côté de ces cas très simples, où l'application de l'article 331 s'imposait, il s'en est trouvé d'autres plus compliqués sur lesquels la doctrine comme la jurisprudence se sont trouvés divisées. Selon l'habitude, ces difficultés ont été causées par le conflit d'articles du Code contradictoires ou simplement inextensibles aux espèces proposées. Il s'est agi ici d'un conflit entre l'interdiction absolue de l'article 331 et les tolérances d'une part des articles 201 et 202 dans le cas de bonne foi et d'autre part l'obscurité des articles 312 et 314 sur la véritable condition juridique des enfants nés avant le 180^e jour du mariage. Mais avant d'examiner ces questions, il faut écarter quel-

ques difficultés accessoires que nous avons déjà rencontrées à propos de la filiation des enfants adultérins, et qui ont trait au sens du mot adultérin dans l'ancien article 331, à la date à laquelle il faut se placer pour apprécier la filiation adultérine ou non d'un enfant, aux délais qu'il convient d'observer pour établir la présomption d'adultérinité.

Il n'est pas douteux que par enfants nés d'un commerce adultérin (art. 331), on doit entendre les adultérins de fait et les adultérins de droit ; les premiers désignant tous ceux que la date et les circonstances de leur conception désignent comme tels : les seconds, comprenant ceux qui ont été déclarés adultérins en vertu d'un jugement. Sur ce point, l'accord est unanime, mais il n'était pas sans intérêt de le spécifier parce qu'à l'égard des premiers, l'action en contestation de légitimité qui pourra être intentée contre eux s'ils venaient à être légitimés frauduleusement, aboutirait à une véritable recherche de paternité adultérine, résultat qui semble contraire à l'article 342.

Pour la date à laquelle il convient de se reporter, il semble (et cela pour les mêmes raisons que nous avons invoquées en traitant de la filiation), que ce soit celle de la conception et non pas celle de la naissance ; en sorte qu'un enfant conçu adultérin, mais nés de parents devenus libres, naîtra adultérin (1). Ainsi on décide la doctrine et la jurisprudence.

1. Angers, 13 août 1806.

Cependant la question n'a pas toujours été aussi certaine et l'opinion contraire fut fortement soutenue devant le tribunal civil du Havre (23 mai 1838)(1) (affaire de Vabry de Boulard). Les défendeurs s'appuyaient sur l'ancien droit pour soutenir qu'il fallait se placer au moment de la naissance et que l'enfant né soixante-neuf jours après le veuvage de son père avait pu être valablement légitimé ; ils soutenaient que telle était la doctrine admise avant la Révolution, conformément au droit canonique et au droit romain. En droit romain, disaient-ils, on déclarait libre l'enfant issu d'une femme esclave lors de la conception et devenue libre au jour de la naissance, et cette tradition de générosité qui avait fait décider dans le sens le plus favorable à l'enfant, tradition reprise par le droit canonique, ne devait point être abandonnée sous le régime du Code civil ; car il résulte des travaux préparatoires et des paroles prononcées par Duveyrier et par Bigot Prémeneu que telle était l'intention du législateur. Le tribunal rejeta ces conclusions en se fondant sur les termes absolus de l'article 331 ; et il jugea bien. Mais la persistance de cette tradition qui accorde à l'enfant la situation la plus favorable, prouve qu'elle dût présenter d'appréciables avantages et qu'on ne saurait la répudier sans examen.

Après la question de la date, se pose nécessairement celle des délais, c'est-à-dire celle de savoir en-

1. Le Havre, 23 mai 1838, S. 1840, 2, 463.

tre quelles dates un enfant doit-il avoir été conçu pour être réputé adultérin et non légitimable. Or, il n'y a que deux solutions possibles : ou bien laisser au juge la faculté de décider si l'enfant lui paraît avoir été conçu adultérin, ou bien adopter les délais que l'article 312 a fixés pour le désaveu des enfants légitimes. Nous maintiendrons ici le point de vue que nous avons adopté au chapitre de la filiation et nous déciderons avec la jurisprudence (1) qu'un enfant ne saurait être légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère si dans l'intervalle compris entre les 300^e et 180^e jours précédant sa naissance, l'un de ses auteurs n'a pas cessé d'être engagé dans les liens du mariage ; mais qu'il naîtra naturel simple et par conséquent légitimable si dans ce même intervalle, le mariage s'est trouvé dissous par la mort ou par le divorce.

On ne signale au sens contraire qu'un seul arrêt de la Cour de Dijon (29 août 1818) qui déclara adultérin un enfant né six mois et vingt-trois jours après la dissolution du mariage de son père ; mais cet arrêt s'explique par sa date où les usages de l'ancien régime en cette matière n'avaient point encore perdu toute leur force.

Nous arrivons maintenant à l'examen des deux difficultés principales que soulevait et que peut encore

1. Le Havre, 23 mai 1818, S. 40.2.463. *Contra* ; Dijon, 29 août 1818 (S et D chron.).

soulever (malgré la loi de 1907) la légitimation des enfants adultérins.

1° La bonne foi des époux et de l'un d'eux à l'époque de la conception efface-t-elle le vice d'adultérinité des enfants ?

2° L'enfant, conçu adultérin est né dans les 180 jours du mariage subséquent de ses auteurs, est-il légitime ?

1° *Concubinage de bonne foi*

58. — Nous appellerons ainsi les relations adultérines dans lesquelles les deux parties ou l'une d'elles seulement ont ignoré le caractère délictueux de leur conduite comme il arrive quand un homme marié séduit une jeune fille sans lui révéler sa qualité ou quand une femme, ayant de justes motifs de se croire veuve, sans l'être toutefois, a des relations avec un tiers. Dans ces divers cas où les parties ont pensé ne commettre aucune faute, puisque les relations sexuelles en dehors du mariage ne sont pas interdites, on s'est demandé si leur bonne foi ne préservait pas leurs enfants de l'adultérinité et si, par une extension des articles 201 et 202, ces enfants ne seraient pas légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs.

Il est bien entendu que si ces enfants avaient été conçus dans le mariage, ils seraient légitimes même si le mariage venait à être annulé, mais la difficulté surgit dès que les enfants ont été conçus en dehors du mariage.

Ce sont les canonistes, qui, les premiers, ont imaginé un artifice d'argumentation, pour permettre la légitimation en pareil cas. L'un deux, Basile Ponce, l'expose ainsi : « Sans doute, un mariage valable en droit eût été impossible au temps de la conception ; cependant si un mariage de fait était alors intervenu, à cause de la bonne foi de sa mère, l'enfant eût été légitimé. On peut donc supposer qu'un tel mariage est intervenu et faire agir, grâce à cette fiction, l'idée de rétroactivité. »

De nos jours, M. Planiol (1) (examinant le cas d'un véritable mariage putatif entre personnes ayant un enfant adultérin) est du même avis. « L'idée même du mariage putatif, dit-il, consiste précisément à supprimer par une fiction le vice qui a empêché la formation d'un mariage valable. Si l'on efface cet empêchement pour laisser se produire les *effets normaux* du mariage, pourquoi en tiendrait-on compte pour écarter la légitimation des enfants ? La bonne foi de leurs parents efface le vice de leur origine et ils doivent obtenir le bénéfice de la légitimité tout aussi bien que ceux qui sont nés après le mariage et qui sont, tout autant qu'eux, incestueux et adultérins. »

A notre avis, si l'on s'en tient au texte du Code, cette thèse est contestable, car l'on voit manifestement que l'article 201 n'a point été écrit pour ces

1. Planiol, I, n° 1109, p. 368.

divers cas que nous examinons et où il s'agit d'enfants adultérins.

« Le mariage, qui a été déclaré nul, produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux, qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. »

Remarquons d'abord que si un homme marié devenu veuf épouse aussitôt après sa concubine de bonne foi dont il a des enfants, il n'y a pas mariage putatif mais bien mariage valable ; il ne semble donc pas que l'article 201 ait prévu les effets de la bonne foi en pareil cas. De plus, et c'est la plus grave objection, la légitimation des enfants adultérins n'est pas, comme le dit M. Planiol, *un des effets normaux* du mariage ; ce serait au contraire un effet anormal et l'on ne voit pas sur quel texte on pourrait le valider. Pour en décider ainsi, il faudrait soutenir que l'enfant dont l'un des auteurs n'a pas cru commettre l'adultère, n'est pas adultérin, opinion qui n'est admise par personne et qui nous paraît difficile à soutenir ; car, en admettant que l'enfant soit naturel simple à l'égard de son auteur de bonne foi, il ne saurait l'être à l'égard de l'autre ; il faudrait donc exiger la bonne foi des deux parties ; même dans ce dernier cas, la thèse serait hardie, car c'est une faute que de ne pas s'assurer de la qualité de celui avec qui l'on a des relations ou de ne pas vérifier la sienne propre ; et cette faute permettrait d'introduire une instance en divorce

pour cause d'adultère. En sorte que nous ne voyons qu'une seule hypothèse où le fait même d'adultère puisse être contesté : c'est celui où l'une des parties a cru être libre sur la foi d'un acte authentique, acte de décès, jugement de divorce, etc. ; dans ce cas, qui exclut l'adultère l'enfant pouvait en effet prétendre être naturel simple (1) ; et tel était l'avis de Pothier sinon de la doctrine moderne ; mais dans tous les autres, nous ne voyons pas la possibilité d'effacer son origine adultérine et par suite d'admettre sa légitimation par le mariage subséquent de ses père et mère (2).

Par application des mêmes principes, nous remarquerons qu'il y a un cas où les enfants pourront être légitimés : c'est celui où ils ne sont adultérins qu'en apparence. Par exemple, quand le mariage des deux époux a été déclaré nul de nullité absolue, celui qui a eu des relations avec un tiers et qui en a eu des enfants, pourra par la suite épouser ce tiers et rendre ces enfants légitimes, car le premier mariage n'étant point valable et ne produisant point d'effet pour l'époux de mauvaise foi, il ne saurait y avoir adultère. (Loiseau, p. 280).

Mais les effets du mariage putatif se produisant à l'égard des enfants du premier mariage (art. 202),

1. En ce sens, Pothier. *Succession*, chap. I^{er}, section II, § 5, question 1^{re}.

2. Demolombe, t. V, n^o 351.

l'enfant naturel légitimé par le second mariage ne saurait porter préjudice aux droits des premiers. On aurait donc ainsi un enfant légitimé sans droits de succession (1) à l'égard de l'un de ses auteurs.

Cette question perdra une partie de son intérêt si l'on vient à voter les propositions de loi tendant à admettre la légitimation de tous les enfants adultérins ; mais elle le conserve presque intégralement sous la loi du 7 novembre 1907 ; car celle-ci, contrairement à une opinion assez répandue dans le public, ne vise qu'un petit nombre d'enfants adultérins.

2° Condition juridique de l'enfant conçu adultérin et né dans les 180 premiers jours du mariage de ses auteurs.

59. — Ce cas qui a été l'objet de longues controverses se présentera le plus souvent de la façon suivante : un homme marié devenu veuf épouse deux mois après la perte de sa femme sa concubine qui, un mois après le mariage, met au monde un enfant ; il est bien évident que, même en attribuant à cette grossesse la durée minimum, la conception de l'enfant remonte au mariage précédent. Que décider alors au sujet de cet enfant né dans le mariage de ses auteurs ? La réponse que l'on fera à cette difficile question dépendra de l'idée que l'on se fait de l'état de

1. Aubry et Rau, t. V, p. 460 ; Demolombe, t. III, n° 362.

l'enfant né avant le 180^e jour du mariage : est-il légitime de droit ? Il est bien évident que l'on ne peut rechercher ses origines ni le déclarer adultérin ; est-il simplement légitimé ? Alors on peut combattre la légitimation à cause du commerce adultérin qui entache la conception de l'enfant.

La première opinion, celle qui considère tout enfant né dans le mariage comme légitime a été soutenue par Demolombe (1) et Valette et sanctionnée par quelques arrêts de jurisprudence.

Voici les arguments sur lesquels elle repose :

Les travaux préparatoires du Code civil nous révèlent l'avis de quelques jurisconsultes (2), notamment de Portalis, qui voulaient qu'on se plaçât au jour de la naissance et non au jour de la conception pour déterminer l'état de l'enfant. « C'est la naissance et non la conception qui fait le titre », dira Regnaud de Saint-Jean-d'Angély et cette solution toujours favorable à l'enfant, est la plus sage puisqu'elle prête le moins à l'erreur.

Dans le cas qui nous occupe, le père est obligé d'exercer l'action en désaveu ; donc l'enfant était légitime.

De plus, l'article 334 s'occupe de la légitimation des enfants nés hors mariage et comme il est le seul qui

1. Demolombe, V, n^o 60.

2. Fenet, p. 27.

s'occupe de la légitimation, il ne saurait s'appliquer aux enfants nés dans le mariage, pour lesquels il ne saurait être question de la légitimation.

Enfin, le texte même du Code semble appuyer cette manière de voir. La rubrique du chapitre I^{er} du titre VII est la suivante : *De la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage*. Ce qui veut dire qu'enfants légitimes et enfants nés dans le mariage, sont deux termes identiques.

Tous ces arguments nous semblent tous porter à faux et seul le désir d'améliorer le sort de quelques malheureux dont la conception recélait un vice quelconque, a pu pousser un auteur aussi clairvoyant que Demolombe à s'obstiner dans une aussi mauvaise défense.

Les avis de Portalis et de Regnaud de Saint-Jean-d'Angély furent exprimés dans des contre-projets de loi qui n'ont point été votés ; on pourrait victorieusement leur en opposer d'autres et notamment (Fenet, p. 27) l'arrêt du projet primitif. « L'enfant né le 180^e jour du mariage n'est plus présumé l'enfant du mariage. » Mais, à notre avis, le mieux est de se reporter au seul texte définitivement adopté et qui est celui de l'article 312 : l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Ce qui signifie que seul cet enfant est couvert par la présomption de légitimité : *Pater is est* et que seul il peut se considérer comme absolument légitime.

L'argument tiré du désaveu se retourne contre ceux qui l'invoquent ; d'abord parce que le désaveu, dans ce cas, n'est pas le désaveu ordinaire de l'article 312 ; c'est un désaveu péremptoire que les tribunaux sont tenus de prononcer à la simple demande du mari pourvu toutefois que celui-ci n'en soit pas empêché par une des causes énumérées dans l'article 314. La loi a donc reconnu une différence entre les deux situations et cette différence est que dans la première (art. 312) la légitimité s'impose, dans l'autre (art. 314) elle est subordonnée au silence du mari qui équivaut ici à une reconnaissance tacite de sa part, ce qui montre bien qu'il y a alors légitimation plutôt que légitimité.

La place occupée par l'article 314 au chapitre de la filiation légitime ne nous paraît pas plus probante : imaginons un législateur partageant notre manière de voir et pensant que l'on doit toujours se reporter au jour de la conception pour déterminer l'état d'un enfant, et supposons qu'il ait à situer, dans son travail, les articles traitant de l'enfant né avant le 180^e jour du mariage ; les placera-t-il au chapitre des enfants légitimes ou à celui de la légitimation des enfants naturels ? Naturellement à cause de l'attirance exercée par ce mariage précédant la naissance, mariage qui donne, en effet, aux enfants un air d'enfants légitimes, il sera amené à les placer là où il traite des enfants qui, le plus souvent, nais-

sent dans le mariage, c'est-à-dire des enfants légitimes. Et c'est là ce qui s'est passé et ce qui explique le véritable sens de la conjonction *ou* dont on cherche à tirer un commencement de preuve ; le législateur avait prévu les deux catégories d'enfants les plus fréquentes, les légitimes et les naturels, puis il s'avisa qu'une troisième catégorie pourrait bien s'intercaler entre elles, celle de ces enfants de situation douteuse, mi-naturels, mi-légitimes, et de fait, il l'intercala entre les deux, mais en la plaçant dans le même chapitre que la première en donnant pour titre à l'ensemble : De la filiation des enfants légitimes ou (des enfants) nés dans le mariage. Le titre résume ainsi le contenu du chapitre, chose des plus vraisemblables, et qui devient une certitude si l'on remarque que le chapitre du projet primitif avait la même rubrique alors qu'il contenait le fameux article 2 que nous avons déjà cité : « Les enfants nés avant le 180^e jour du mariage ne sont plus présumés être du mari. » Comment cet enfant aurait-il pu à la fois être légitime et n'être pas présumé du mari ?

Nous pensons donc que pour avoir, sur le point que nous discutons, une opinion exclusivement juridique, il faut écarter tout motif d'ordre sentimental, regarder bien en face le texte du Code tel qu'il a été rédigé et voté par le législateur et enfin considérer quels illogismes on ferait exprimer au Code dans l'opinion de Demolombe.

Un premier illogisme réside dans l'invraisemblance qu'il y a à déclarer légitime un enfant né deux mois après le mariage. Certes elle n'a point fait reculer un certain nombre d'auteurs (1) et de cours qui font reposer la légitimité de l'enfant sur une sorte de fiction innommée qui reporte sa conception au jour de la célébration du mariage, et il est alors bien évident qu'il ne saurait plus être question d'adultère ni d'inceste. Qu'on nous permette seulement de remarquer que cette doctrine égale en ridicule celle qui, sous l'ancien régime, consistait à supposer une grossesse de trois ans ; elle a été dictée par le souci de faire à tout prix des enfants légitimes ; mais il semble que ce souci, pour respectable qu'il soit, ne préoccupait pas à ce point le législateur, celui-ci était plus respectueux des réalités (v. art. 340, § 2) ; il aurait volontiers admis la recherche de la paternité si elle lui eut paru possible, et il n'admit la règle *Pater is est* que comme vérité relative et contre laquelle, dans certains cas, il était permis de s'inscrire en faux ; la faculté de désaveu accordée au père n'est que la faculté de la combattre quand les faits l'autorisent ; et nous ne voyons nulle part un appel aussi effronté à

1. Laurent, III, n° 385 ; Demolombe, V, n° 60 à 64 ; Arntz, I, n° 516 ; Huc, III, n° 16 ; Poitiers, 19 juillet 1875. D. 76.2.28, S. 76.2.61 ; Grenoble, 19 février 1868. D. 68.2.128, S. 68.2.97 ; Chambéry, 15 juin 1869. S. 70.2.214 ; Lyon, 6 avril 1870. D. 70.2.227. S. 70.2.109 ; Cass., Belgique, 29 novembre 1906. D. 1910.4.18.

la fantaisie pour incorporer de force un enfant dans une famille. Nous pensons donc qu'un tel système doit être rejeté sans hésitation parce qu'il contredit à la fois la loi positive et le sens commun (1).

Un autre illogisme, judicieusement relevé par M. Baudry-Lacantinerie, est le suivant : Si l'on suppose qu'une femme se remarie quatre mois après la dissolution du mariage précédent, (en violation de l'article 228 du Code civil) et qu'elle mette un enfant au monde un mois après, la conception de cet enfant remonte au premier mariage et l'enfant appartient au premier mari. Or personne ne soutiendra ici que cet enfant doive être attribué au deuxième mari, ce qui serait si tout enfant né dans le mariage était indistinctement enfant légitime de ce mariage et l'impossibilité d'interpréter ici l'article 314 dans ce dernier sens résulte et de l'in vraisemblance du résultat et du commerce adultérin qu'il supposerait. Il n'y a aucune raison pour ne pas appliquer le même raisonnement à l'hypothèse inverse, celle qui nous occupe et qui donne à l'enfant une origine adultérine par rapport à son père.

Aussi croyons-nous qu'il faille réfléchir avant de bâtir des systèmes qui aboutissent à de telles conséquences. Quand un illogisme se trouve inscrit dans la loi, nous admettons qu'on le respecte, mais nous

1. En notre sens ; Baudry-Lacantinerie, t. IV. n° 519.

croyons inutile d'en imaginer de nouveaux, surtout à une époque où l'esprit exige des réalités et ne vit plus de fictions.

Nous maintiendrons donc sur ce point notre manière de voir, qui est aussi celle de la Cour de cassation et de nombreux auteurs, et nous conclurons en disant que l'enfant né avant le 180^e jour du mariage est un enfant légitimé (1), et que si, pendant la période comprise entre le 300^e et le 180^e jour avant la naissance, l'un de ses auteurs était engagé dans un précédent mariage, l'enfant sera adultérin et ne pourra être légitimé (art. 331 et 336) (2).

On a dit que cette question perdait tout son intérêt depuis la loi de 1907; nous n'en croyons rien; elle n'en perd qu'une partie dans les cas où les enfants ont été conçus au cours d'une instance en divorce puisque ces enfants sont désormais légitimables; elle le conserve au cas de dissolution du mariage par le décès de l'un des époux et surtout, elle reste intéressante par les principes mêmes qui y sont discutés et sur lesquels on devra encore revenir quand il s'agira de refaire sur des bases nouvelles cette partie du Code civil.

1. Cass., 28 juin 1869. D. 69.1.335. S. 69.1.446; Duranton, III, n° 205; Zachariæ, I, § 161; Demante, II, n° 37 *bis*; Aubry et Rau, t. VI, § 545; Baudry-Lacantinerie, IV, n° 519; Planiol, I, n° 1559; Collet. De l'état de l'enfant né avant le 180^e jour du mariage. *Revue critique*, 1870, p. 1.

2. Seine, 13 déc. 1866.

CHAPITRE II

Évolution de l'opinion et de la législation jusqu'à la loi du 7 novembre 1907

60. — Cette extrême rigueur du Code devait amener une réaction, et une réaction d'autant plus violente que la rigueur envers les adultérins apparût promptement comme dépourvue d'utilité sociale et comme l'expression d'un des plus bas sentiments de l'âme humaine, le désir aveugle d'abaisser ceux qui ne sont pas nés dans les mêmes conditions que nous. (Cf l'expression : les gens nés) elle fut elle-même excessive car on réclama l'égalité absolue entre tous les enfants, légitimes, naturels, adultérins ou incestueux, et pour y aboutir on ne recula pas devant la suppression du mariage civil et la proclamation de l'amour libre. On fit appel à tous les principes, aux principes chrétiens, aux principes de 1889, aux principes philosophiques, pour réclamer l'unification des droits de succession de tous les enfants. Kant en avait fourni une démonstration rationnelle (1) que les littérateurs et les polémistes vulgarisèrent à l'envi.

1. *Élément métaphysique de la doctrine du droit*, p. 15.

Alexandre Dumas fils (1) et Émile de Girardin (2) furent parmi les plus ardents et de nos jours la campagne menée par Paul et Victor Margueritte et une foule considérable de disciples contre le mariage est la continuation logique du mouvement de réaction contre les exclusions du Code civil. Tel fut le résultat de la dureté de Napoléon envers les illégitimes ; sous prétexte de consolider une institution nouvelle, il accabla les non-conformistes et leurs enfants de déchéances telles qu'il fit détester l'institution et en compromit l'existence.

Pour les enfants naturels, le mouvement est injustifiable, si toutefois l'on veut maintenir le mariage civil ; celui-ci, en effet, suppose l'inégalité des droits de succession et un privilège au profit des légitimes ; avant tout, il faut être logique et la logique ici exige une différence.

Pour les adultérins, dont on parla moins parce qu'ils sont moins nombreux et plus timides, il en va tout autrement ; ils subissent, nous l'avons vu, une condition très inférieure à celle des naturels simples, sans autre raison reconnue que d'accabler des malheureux dont l'origine offusque l'hypocrite vertu des réguliers ; à leur égard, le mouvement était et est encore juste ; il ne s'agit plus de diminuer la famille et le mariage

1. *Le Fils naturel.*

2. *Questions philosophiques.*

civil, mais de leur donner la condition à laquelle ils appartiennent, celle d'enfants naturels sans aucune autre appellation. Aussi ne sont-ce pas des révolutionnaires ni des égalitaires que nous rencontrons au premier rang mais des modérés comme Laurent, esprits simplement clairvoyants, libres de toute préoccupation et honnêtement logiques : « Ce n'est pas un crime que de naître, dit-il, alors même que les père et mère seraient coupables d'adultère (1)... car la naissance vient de Dieu et la loi n'a pas le droit de condamner comme illicite un fait providentiel » et plus loin en parlant de la réforme qu'il propose : « Ce n'est pas non plus favoriser ces coupables relations car ceux que leurs passions impure entraînent et dominent ne songent guère à la destinée des enfants qui pourront naître de relations adultérines ; peu leur importe que la loi les admette ou non à succéder. »

Dans l'exposé qui va suivre des propositions de loi antérieures à la loi du 7 novembre 1907, nous mentionnerons quelques réformes très importantes comme le rétablissement du divorce, qui sont intimement liées à la question des adultérins parce que ce sont surtout ces réformes qui justifient aujourd'hui et rendent même absolument nécessaire une révision du Code.

Voici dans l'ordre chronologique, la série de ces lois et de ces propositions de loi.

1. Avant-projet de révision du Code civil, t. III, p. 331.

1° *Loi du 27 juillet 1884.* — Cette loi a rétabli le divorce en France. Une des conséquences de ce rétablissement a été que, malgré le maintien provisoire de l'article 298, l'époux divorcé a pu épouser une ancienne concubine dont il avait eu des enfants et que les enfants nés depuis cette nouvelle union sont légitimes. Or nous trouvons illogique que les enfants précédemment nés de ce même père et de cette même mère ne jouissent pas de la même condition et n'aient aucun droit. « Cela consacrerait un état de bigamie, dira M. Chaumié. » Peut-être, mais cette bigamie est la conséquence de l'institution même du divorce qui est lui-même une espèce de bigamie quand il est suivi d'un second mariage, car la simultanéité n'est pas peut-être de l'essence de la bigamie.

2° *Proposition Chiché, Aimel et Jourde (28 juin 1890) (1).* — Cette proposition assimilerait les adultérins aux enfants naturels simples. Les auteurs firent surtout ressortir la contradiction qu'il pouvait y avoir, à notre époque, à poursuivre sur un enfant la faute de ses parents ; mais elle ne fut pas prise en considération.

3° *Proposition Pontois (12 mai 1891).* — Cette proposition plus modérée que la précédente fut une des plus sérieusement étudiées parmi celles qui ont été présentées jusqu'en 1907. Elle prévoyait d'un côté la

1. *J. off., Doc. parlam., Chambre, 1890, p. 1425.*

répression pénale de l'inceste et d'un autre côté la faculté de reconnaissance et de légitimation des enfants adultérins ou incestueux, toutes les fois qu'ils ne se trouveront en concurrence ni avec des enfants légitimes ni avec des enfants naturels légalement reconnus. Elle était donc respectueuse de privilèges familiaux mais diverses circonstances empêchèrent de la discuter.

4° *Proposition Alfred Naquet* (28 novembre 1893). — Elle fut une des plus révolutionnaires ; elle voulait assimiler les enfants naturels aux enfants légitimes au point de vue successoral ; elle ne fut pas prise en considération.

5° *Proposition Arthur Groussier-Viviani-Jaurès* (28 janvier 1895) (1). — Cette proposition n'est qu'une reprise de la précédente présentée par le groupe socialiste et au nom du groupe ; elle avait un triple but : accorder aux enfants naturels les mêmes droits qu'aux enfants légitimes, permettre la recherche de la paternité, admettre la légitimation par mariage subséquent de tous les enfants illégitimes. La reconnaissance pure et simple des adultérins restait interdite. •

Ce fut surtout par des arguments de sentiment, par un appel à l'égalité, que ses auteurs la défendirent ; et, cela ne doit point surprendre dans leur bouche ; mais en même temps qu'ils demandaient avec véhémence

1. *Journal Officiel*, 1897, *Annexe*, n° 2880, p. 267.

mence : « La loi a-t-elle pour effet d'aggraver les injustices sociales ? », ils tiraient argument de ce fait que dans le système actuel, l'enfant naturel peut avoir moins de droits successoraux qu'un étranger et que l'enfant désavoué n'en a aucun. Or, nous ne pouvons nous empêcher de trouver ce raisonnement étrange, venant de ceux-là même qui ont inscrit à leur programme la suppression du droit d'hériter. Comment sont-ils choqués de ce qu'un enfant ne recueille pas le patrimoine de son père ?

Cette proposition de loi a été l'objet d'un rapport favorable de M. de Folleville, mais elle ne fut jamais discutée.

6° *Loi du 25 mars 1896.* — Cette loi, très importante, a élevé la quotité des droits successoraux des enfants naturels; elle en a fait des héritiers proprement dits, c'est-à-dire, ayant la saisine et une réserve. Au point de vue des enfants adultérins, cela présente une réelle importance; car cela signifie que les enfants nés hors mariage deviennent habiles à succéder par le seul fait de leur naissance, par une sorte de *jus sanguinis*. Le mariage, dans cette conception nouvelle, n'a plus le privilège d'assurer la transmission des patrimoines. A notre avis, cette théorie, inspirée par le désir de morceler la propriété, est une erreur économique et un danger social. Quoi qu'il en soit d'un principe aussi fortement posé, il est impossible de n'en pas tirer tôt ou tard les conséquences logiques; or, comme,

entre l'enfant qu'un homme non marié a eu d'une maîtresse et l'enfant que ce même homme marié a eu de cette même maîtresse, il n'y a qu'une différence nominale, si le premier a, par le droit du sang, un droit de succession, il est impossible que le second n'en ait point un égal et rien ne peut empêcher ce résultat, dès l'instant où l'on a posé en principe que tout enfant a droit à une part des biens de ses auteurs.

Ceux qui ont voté cette loi n'en ont certes pas soupçonné toutes les conséquences ; mais elles ne s'en produisent pas moins, car on ne transige pas avec la logique.

7° *Proposition Dejante* (9 juillet 1902) (1). — Ce fut une reprise de la proposition Groussier et une nouvelle demande d'unification des droits des enfants illégitimes, quels qu'ils soient. Elle n'eut pas un sort plus heureux que les précédentes ; cependant nous devons noter la prise en considération dont elle fut l'objet de la part de la Chambre ; c'est l'indication d'un mouvement d'opinion en faveur des enfants adultérins mouvement qui ira en se développant jusqu'à la loi de 1907.

8° *Loi du 15 décembre 1904* (portant abrogation de l'article 298 du Code civil). — L'article 298 du Code civil interdisait le mariage de l'époux coupable d'a-

1. *Journal Officiel*, 1902. Débats parlementaires à la Chambre, p. 2223.

dultère avec son complice. Ce résultat, il est vrai, ne se produisait que si l'adultère était la cause du divorce et si le nom du complice avait été mentionné dans le jugement (2); mais la jurisprudence autorisait, à la demande de tout intéressé, l'ouverture d'une enquête tendant à établir l'identité du complice par tous les modes de preuve.

Cet état de choses, qui nous paraît fâcheux, avait peut-être sa raison puisque le nouveau Code allemand que l'on ne saurait accuser de préparation légale, l'a maintenu intégralement.

Le Parlement ne le pensa point, et, sur un rapport de M. Lintilhac, conjurant le Sénat de ne plus « empêcher de se rejoindre légalement deux êtres qui y aspirent, à travers une faute, il est vrai, mais avec le droit si humain et des chances appréciables de la réparer », l'article 298 fut abrogé.

C'était rendre fatale la légitimation des enfants adultérins. On sait qu'une jurisprudence téméraire, mais bien établie, avait depuis longtemps admis la légitimation des enfants incestueux quand leurs auteurs venaient à contracter mariage après l'obtention des dispenses nécessaires. Pourquoi laisser en dehors de la nouvelle famille que la loi autorise, les enfants précédemment nés de ces deux époux ? L'adultère est loin d'être aussi grave que l'inceste, et nous pensons

2. Paris, le 30 octobre 1900. *Gaz. Pal.*, 1900, II, p. 674.

que la légitimité est l'état qui revient de droit à l'enfant dont les deux auteurs ont contracté une union légale. C'est ce qu'exposera fort habilement M. Violette dans son rapport sur la loi de 1907 que nous allons étudier.

LOI DU 7 NOVEMBRE 1907

A. — *Discussion de la proposition Violette
et Steeg et la Chambre des députés.*

(M. VIOLETTE Rapporteur)

61. — L'initiative parlementaire en matière législative ne s'exerce jamais spontanément, mais sous la poussée de l'opinion publique; le divorce fut rétabli en France quand le nombre de ceux qui l'admettaient en principe ou qui le désiraient, fut assez grand pour déterminer le mouvement d'opinion capable de le faire admettre et l'augmentation progressive des divorces après la loi de 1884, dont s'alarmèrent tant les honnêtes gens, ne prouve point que la loi a été la cause de ces divorces mais bien que l'opinion réclamait l'institution du divorce, qu'elle en avait besoin. Ainsi pour les enfants adultérins. La faculté de divorcer et d'épouser le complice d'adultère, amena un certain nombre d'unions où l'époux divorcé contractait mariage avec une ancienne concubine dont il avait des enfants et aucun d'eux ne put compren-

dre que ces enfants, vivant au même foyer que ceux qui naîtraient dans l'avenir, ne soient pas légitimés par le mariage ; ce qui prouve que la légitimation n'est uniquement, ni une faveur de la loi, ni le fait du prince, mais un privilège naturel en étroite corrélation avec l'institution de la famille.

Les premiers souffrirent en silence de cet état de choses ; mais avec le temps et le nombre, ils virent croître leur impatience et bientôt affluèrent aux parquets des demandes de renseignements sur des situations que les intéressés jugeaient impossibles ; après les magistrats, les députés furent saisis de réclamations, de plaintes contre une législation apparue barbare ; et c'est ainsi que se détermina le courant d'opinion nécessaire et suffisant pour amener une réforme de l'article 331 du Code civil.

Le 30 novembre 1906, MM. Violette et Steeg déposèrent à la Chambre la proposition de loi suivante :

Article unique. — Dans le premier paragraphe de l'article 331 du Code civil, supprimer les mots « ou adultérins ».

Dans leur esprit, les enfants incestueux continueraient de bénéficier de la jurisprudence établie en leur faveur, c'est-à-dire qu'ils pourraient être légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs après l'obtention des dispenses légales et les adultérins pourraient aussi être légitimés sans distinction.

1. *J. Off.* du 30 avril 1907. Doc. Parl., Chambre, Annexe, n° 494, p. 203.

La Commission de la Chambre fut d'avis de consacrer par une loi la jurisprudence de la Cour de cassation sur les enfants incestueux et de supprimer dans l'article 331 toute la phrase « autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin » (1).

A la séance du 11 janvier 1907, M. Violette défendit sa proposition, non sans éloquence, en tirant argument de l'abrogation de l'article 298 par la loi du 15 décembre 1904 :

« Peut-on vraiment dire plus longtemps à ceux à qui nous venons d'ouvrir une possibilité légale de mariage : « Vous pouvez régulariser votre situation, bien que vous ayez été coupables, mais vos enfants qui sont innocents, c'est sur eux que la loi va exercer sa vengeance. Ainsi nous, législateurs, nous allons les tenir avec soin hors de la famille que nous vous autorisons à fonder. Ils seront toujours là pour témoigner qu'elle n'est en quelque sorte qu'une famille frappée de déchéance morale. Certes, si vous êtes voleur ou criminel, nous nous efforcerons de voiler le plus possible votre faute. Nous avons voté la loi de sursis et nous entourons par ailleurs la communication du casier judiciaire de toutes les garanties possibles de discrétion. Si vous avez eu le bonheur d'avoir un commerce adultérin stérile, ce sera également pour le mieux ; n'avons-nous pas abrogé l'ar-

1. *J. Off.* du 17 février 1907. Doc. Parl., Chambre, Annexe, n° 629.

ticle 298 ? Mais, si par malheur vous avez eu un enfant, il restera là toute votre vie dressé devant vous et le nom qu'il portera apprendra à tous les raisons pour lesquelles il est votre enfant suivant la nature sans pouvoir l'être suivant la loi. » Un tel système est donc un véritable encouragement à l'infanticide ou à l'abandon des enfants adultérins.

« Il ne se trouvera personne d'assez candide pour soutenir qu'accorder la légitimation par mariage subséquent des enfants adultérins, serait pousser au développement des relations adultérines. Si l'argument a en soi une valeur, c'est lors de l'abrogation de l'article 298 qu'il eût été opportun de le produire et si à ce moment il a déjà paru puéril et vain à plus forte raison ne peut-il nous arrêter une seconde. Il ne se formera avec notre texte ni plus ni moins de relations adultérines qu'avant. Le but des unions de cette nature n'est généralement pas de fonder une famille et on peut affirmer que les enfants y sont plus appréhendés que désirés. C'est, à notre sens, une raison de plus pour ne pas, par une législation d'une rigueur inadmissible, aggraver encore des raisons qui y font en général redouter par-dessus tout la présence des enfants.

« Mais si, malgré tout, le couple adultère a des enfants, dans quelle situation vraiment atroce place-t-on les parents le jour où il leur sera permis de régulariser leur situation ? Ils auront le choix entre

trois solutions : renoncer à profiter des facilités que la loi leur accorde et maintenir une situation irrégulière que le législateur n'a vraiment pas intérêt à encourager, se résigner à écarter d'eux leurs enfants, ou accepter les risques d'une situation qui fera l'amertume de leur vie et empoisonnera leur existence. De toutes façons, c'est un problème véritablement poignant qu'ils auront à résoudre. A notre avis, il n'est pas bon que la loi place le citoyen dans cette alternative : Faire son devoir, mais pour cela sacrifier ses intérêts les plus légitimes (1). »

Cette importante citation montre bien quel était le sentiment de la Chambre à l'égard des enfants adultérins. Quelques contradicteurs firent les objections classiques, notamment M. Beauregard qui protesta contre le dommage pécuniaire qu'une telle légitimation causerait aux enfants du premier mariage (2). Mais elles n'arrêtèrent pas la Chambre qui vota le texte suivant :

« Article premier. — Le premier paragraphe de l'article 334 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit :

« Les enfants nés hors mariage pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement recon-

1. *J. Off.* Doc. parl., Chambre, 17 février 1907, Annexe, n° 629, p. 19.

2. *J. Off.* Déb. parl. Chambre, 18 février 1907.

nus avant leur mariage ou lorsqu'ils les reconnaîtront dans l'acte de célébration.

« Art. 2. — Dans le délai de deux ans à partir de la promulgation de la présente loi, les enfants nés d'un commerce adultérin qui n'ont pu être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, pourront être l'objet d'une reconnaissance qui emportera légitimation.

« Cette légitimation aura lieu devant l'officier de l'état civil du domicile des deux conjoints. Mention en sera faite en marge des actes de mariage et de naissance. »

B. — *Discussion de la proposition Violette
et Steeg au Sénat.*

(M. CHAUMIÉ, rapporteur)

Lorsque la proposition adoptée par la Chambre le 18 février 1907 fut déférée au Sénat, on pensait généralement qu'elle y serait ratifiée sans difficultés ; mais il en fut autrement. Les membres de la Commission sénatoriale chargée de l'examiner, et au premier rang M. Chaumié, firent des objections au principe même de la légitimation des adultérins et furent effrayés à l'idée qu'un homme divorcé put légitimer les enfants qu'il avait eus d'une maîtresse pendant son mariage ; c'est qu'ils venaient d'apercevoir le

spectre de la bigamie et comme nous vivons sous la domination de quelques spectres de ce genre, ils s'inclinèrent respectueusement devant le veto de cette redoutable vision. En réalité, le Sénat en rapports moins directs avec la nation, n'était pas mûr pour la réforme qu'on lui proposait. Il se crut appelé à la défense d'une institution éminemment républicaine, le mariage civil, et pour ne pas se refuser à tout amendement, chercha, dans une solution mixte, la conciliation des intérêts de la famille et des intérêts des adultérins. Il ne voulut pas que deux mariages puissent chevaucher l'un sur l'autre et adopta le système transactionnel qui est devenu la loi du 7 novembre 1907 et que nous allons étudier.

Pour permettre de saisir la mentalité de la Commission sénatoriale et de la majorité du Sénat en cette circonstance, nous reproduirons une partie du discours où M. Chaumié exposa les conclusions de son rapport et défendit sa contreproposition de loi.

« Le texte voté par la Chambre, dit M. Chaumié, est celui de l'article 334 du Code civil dans lequel on a supprimé purement et simplement les mots « incestueux ou adultérin. »

« Votre Commission a été frappée de ce que, maintenu dans la générosité de ses termes, le nouvel article 334 pouvait amener des conséquences vraiment inacceptables... »

Après avoir rappelé l'hypothèse visée plus haut

(v. p. 92) d'un homme qui a tout à la fois une femme légitime et une maîtresse et auquel naissent des enfants de l'une et de l'autre, puis, qui, au décès de sa femme légitime se marie avec sa concubine, et par la légitimation de ses enfants adultérins devenus les égaux de leurs frères issus de l'union régulière, consacre légalement l'état de bigamie, dans lequel il s'est complu. M. Chaumié poursuit :

« Votre Commission a pensé qu'il était impossible de l'admettre.

« Elle vous propose, en conséquence, de modifier le texte et de n'autoriser la légitimation que dans le cas de l'enfant adultérin désavoué par le mari et dont le père et la mère, malgré le divorce prononcé contre celle-ci, n'ont pu se marier ensemble à cause de l'obstacle que leur opposait l'ancien article 298 du Code civil ; ou bien lorsqu'il s'agit d'enfants adultérins nés plus de 300 jours après l'ordonnance du président du tribunal prévue par l'article 878 du Code de Procédure civile, intervenue entre celui de leurs auteurs qui était antérieurement dans les liens d'un précédent mariage et son conjoint.

« L'hypothèse est très facile à préciser. Ici, il n'y a pas à rechercher la conséquence choquante que je vous faisais entrevoir tout à l'heure. L'état de concubinage, les relations adultères, se produisent après la constatation légale par l'ordonnance du président d'une vie séparée, et l'on ne retrouve pas la dou-

ble existence constitutive d'une sorte de bigamie.

« Il a paru à votre Commission qu'il était humain et équitable d'adopter dans cette limite la proposition de la Chambre des députés. A côté des cas que vise le texte nouveau, il en est sans doute — et combien m'ont été signalés! — dignes d'un grand intérêt, très émouvants même.

« Il est certain, en effet, que souvent, à la suite de l'abandon d'un mari par sa femme ou d'une femme par son mari, il a pu se créer de faux ménages dans lesquels des enfants sont nés qu'il est cruel de laisser en dehors de la famille nouvelle que vont plus tard fonder leurs parents en régularisant leur situation.

« Mais en dehors du cas de désaveu, ou bien de conception au cours d'un état de séparation de corps ou d'instance en divorce, si le vice d'adultérinité venait de la mère, la légitimation se heurterait au principe de la règle *pater is est...*, et le conflit soulèverait les difficultés les plus graves. Si le vice d'adultérinité provenait du père, il serait presque impossible de formuler un texte assez précis pour qu'il put à la fois éviter les inconvénients inacceptables dont je viens de signaler l'un et favoriser les circonstances dignes d'intérêt.

« Pour toutes ces raisons, messieurs, votre Commission vous demande de bien vouloir adopter le texte qu'elle a élaboré, en y faisant, non pas une modification, mais plus exactement une adjonction né-

cessité par un oubli du copiste. Le texte de l'article 334 du Code civil, *in fine*, porte qu'il doit être fait mention de la légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé.

« Cet alinéa n'a pas été reproduit dans le texte qui vous a été soumis, mais c'est une mesure très sage qu'il convient de maintenir dans le texte nouveau de l'article 334. Le Sénat n'y verra sans doute aucune difficulté.

« Enfin, nous vous proposons une mesure transitoire. Il est incontestable que l'on ne peut priver du bénéfice résultant de la loi nouvelle ceux qui, fondant un foyer légitime, et ayant eu cependant des enfants adultérins, se sont mariés avant que la loi ait été promulguée et soit devenue définitive.

« Il est donc nécessaire de ménager en leur faveur une période transitoire que nous vous proposons de fixer, ainsi que la Chambre des députés l'a fait, à deux ans, et pendant laquelle il sera possible à ceux qui se sont mariés avant la promulgation de la loi, de faire légitimer leurs enfants adultérins par une déclaration à la mairie de leur domicile.

« Sous le bénéfice de ces observations, je demande au Sénat de vouloir bien admettre les conclusions de sa Commission et adopter le texte qu'elle lui propose avec l'adjonction dont j'ai parlé (1). »

1. *Journal Officiel*, Débats parlementaires, Sénat, 1907, p. 954.

A la suite de cet exposé, et après une courte discussion, le Sénat adopte le texte proposé par M. Chauvié (24 octobre 1907) et l'article 331 fut ainsi modifié :

« Les enfants nés hors mariage pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration.

« En ce qui concerne les enfants adultérins, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère et dans l'acte même de célébration, ceux qui seront nés plus de trois cents jours après l'ordonnance du président du tribunal, prévue par l'article 878 du Code de Procédure civile, intervenue entre celui de leurs auteurs qui était antérieurement dans les liens d'un précédent mariage et son conjoint, lorsque cette procédure aura abouti à la séparation de corps ou au divorce ou aura été interrompue par le décès de l'autre conjoint.

« L'enfant né pendant le mariage et désavoué par le mari, pourra également être légitimé par le mariage subséquent de la mère avec son complice.

« Il sera fait mention de la légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé.

Disposition transitoire.

« Les enfants adultérins, se trouvant dans les conditions prévues par la disposition qui précède, et

dont les père et mère auront contracté mariage avant la promulgation de la présente loi, pourront être de la part de ceux-ci, dans le délai de deux ans à partir de cette promulgation, l'objet d'une reconnaissance devant l'officier de l'état civil du domicile des deux conjoints.

« Cette reconnaissance emportera légitimation et mention en sera faite en marge des actes de mariage et de naissance. »

Ce nouveau texte transmis à la Chambre le 29 octobre 1907 y fut voté le 5 novembre sur l'approbation de M. Violette. Mais celui-ci eut bien soin de dire qu'il ne considérait la nouvelle loi que comme une loi transitoire, et qu'il n'en proposait le vote que pour ne pas priver certains enfants adultérins des quelques avantages qui leur y étaient concédés.

Il est difficile, à propos de cette loi, de parler de l'esprit du législateur ; c'est un esprit essentiellement divisé et par suite hésitant où l'on sent l'action contradictoire de deux forces opposées, la force des préjugés créés par un siècle de rigoureuse prohibition et la force des aspirations nouvelles, partiellement réalisées dans les Codes modernes et qui ne paraissent devoir aboutir ni à la destruction de la société ni à celle de la famille. On dirait que c'est pour s'excuser de réformes autrement dangereuses pour l'ordre public, que la Chambre haute s'interdit, avec

tant d'obstination, certaines réformes anodines et nous pensons qu'il y a plus de décadence que de grandeur dans cette politique qui consiste à se ratrapper sur le faible des complaisances envers le fort.

CHAPITRE III

La légitimation des enfants adultérins dans la loi du 7 novembre 1907

62. — Nous venons d'exposer les circonstances dans lesquelles fut votée la loi du 7 novembre 1907 ; nous allons maintenant étudier son champ d'application, c'est-à-dire les divers cas dans lesquels on pourra en invoquer le bénéfice et les difficultés d'interprétation qu'elle a soulevées dès son apparition.

Malheureusement, nous ne pourrons pas, comme dans les chapitres précédents, nous appuyer sur une jurisprudence abondante pour combler les lacunes de la loi ou simplement pour en dire le sens ; quelques décisions à peine sont intervenues, éclairant d'une faible lueur quelques points particulièrement obscurs. Elles portent toutes la marque d'une grande hésitation où l'on voit le conflit des deux courants d'opinion qui se sont disputés la rédaction de la loi ; le courant conservateur qui maintient jalousement la présomption de paternité du mari et qui refuse d'étendre la liste des légitimables, le courant nova-

teur qui admet volontiers la recherche et la légitimité des véritables filiations, quelles qu'elles soient. Aussi ne pourrons-nous trouver dans ces attendus contradictoires la solution des problèmes que nous rencontrerons ; et ce sera plutôt dans les principes généraux du droit et dans l'esprit de la loi que nous la rechercherons.

Le titre même de la loi est obscur et le sens du nouvel article 331 reste incertain. Que signifient, en effet, les mots « enfants adultérins » ? Nous avons vu que cette même question se pose également à propos d'autres articles et que, sous le régime du Code, étaient seuls adultérins, les enfants déclarés tels par une décision du tribunal, notamment après une procédure de désaveu. Nous croyons pouvoir affirmer dès à présent (car nous aurons l'occasion d'y revenir au cours de ce chapitre) que l'expression « enfants adultérins » prend un sens tout nouveau dans le texte de 1907 et désigne les enfants qui, placés dans certaines conditions, sont légalement présumés adultérins et peuvent, sans qu'intervienne aucune procédure de désaveu, être légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs. Ces conditions sont au nombre de trois :

- 1° Être conçus dans la période favorable ;
- 2° Avoir été préalablement reconnus ;
- 3° Avoir été en fait légitimés par mariage subséquent, car, tant que cette condition n'est pas réalisée,

l'adultérinité reste virtuelle et elle n'est point acquise à l'enfant si la condition fait défaut. Nous sommes donc en présence d'adultérins d'un caractère spécial sur lequel nous devons revenir ; mais nous voulions le signaler dès le début pour éviter les confusions qui se forment dans les esprits trop attachés au sens traditionnel des mots et que reflètent les incertitudes de la jurisprudence.

Au lendemain du vote de la loi de 1907, M. Violette annonçait, dans un rapport tendant à la reprise de son projet primitif, la faillite des espérances que le texte adopté par la Chambre avait fait naître : « A peine 3 % des enfants adultérins, disait-il, jouissent de la réhabilitation. » Et l'on remarque que l'œuvre du Sénat n'avait point amélioré l'ancienne législation ; elle n'avait fait que d'y apporter quelques exceptions, donnant lieu à des difficultés d'interprétation nombreuses. Nous verrons même que la situation de certains enfants a pu, par suite de cette incertitude, se trouver aggravée.

En dépit du titre de la loi, le principe du Code domine toujours notre matière et les enfants adultérins demeurent exclus du bénéfice de la légitimation, dans la majorité des cas : « Votre commission, dit M Chau-mié, n'a pas cru devoir admettre une solution qui serait la consécration légale de la bigamie », et nous savons que le Sénat s'est rangé à cet avis. Or, que

signifie la phrase de M. Chaumié, sinon qu'on n'a pas cru devoir admettre qu'un homme puisse avoir simultanément ou alternativement des enfants légitimes ou susceptibles de le devenir, de deux femmes différentes, ce qui serait le résultat de la légitimation des adultérins. Le principe même de cette réforme se trouve donc écarté ; car on ne saurait sérieusement arguer de ce que, par inadvertance peut-être, par raison plus vraisemblablement, le Sénat a autorisé la légitimation de l'enfant désavoué par le mari, ce qui consacre bien une sorte de polyandrie. Les cas de ce genre sont d'ailleurs assez rares et la loi nouvelle ne s'appliquera en réalité qu'aux enfants conçus pendant cette période de transition qui commence au jour de l'ordonnance du président et qui se termine à la transcription du jugement de divorce : le devoir conjugal est censé être relâché, sinon supprimé et l'adultère est jugé moins coupable. Mais en dehors de cette hypothèse, nous verrons que l'interdiction du Code a été maintenue dans toute sa rigueur.

Avant de commencer l'étude de la loi, répétons ce que nous avons dit plus haut, à savoir dans quel sens est pris le mot : « adultérins » dans le nouvel article 331 § 2. Désigne-t-il des adultérins de fait ou des adultérins de droit ? Ou autrement pour les enfants adultérins de l'épouse, ces enfants sont-ils légitimes du premier mari jusqu'au désaveu ou sont-ils présumés adultérins par la seule date de leur

conception et encourent-ils *ipso facto* les déchéances des articles 762 et 908 ? Nous nous contenterons de signaler ici cette difficile question sur laquelle nous devrons revenir, car la réponse, à plusieurs difficultés que nous rencontrerons, dépendra de la réponse que l'on aura faite à cette question préliminaire. Disons simplement qu'à notre avis, la pensée du législateur a été de créer une présomption d'adultérinité contre ou en faveur de ces enfants et que cette opinion peut trouver un fondement juridique dans l'impossibilité légale où les époux ont été de cohabiter depuis l'ordonnance du président, puisque s'ils avaient cohabité il y aurait eu réconciliation et que le divorce eût été impossible (art. 244). Le divorce suppose donc l'adultérinité des enfants conçus pendant cette période.

Nous allons exposer les dispositions de la loi du 7 novembre 1907, telles qu'elles nous sont apparues, puisque les solutions de la jurisprudence ne sont encore assez nombreuses ni pour faire autorité ni pour donner une indication quelconque sur certaines difficultés soulevées par le silence ou les contradictions du Code.

Nous aurons à étudier trois situations très différentes :

1° La situation de l'enfant né plus de 300 jours après l'ordonnance du président du tribunal (art. 331, § 2).

2° La situation de l'enfant né pendant le mariage et désavoué par le mari (art. 334, § 3).

3° La situation de l'enfant issu de père et de mère séparés de corps (cas non prévu par la loi).

1° Condition de l'enfant adultérin né plus de 300 jours après l'ordonnance du président du tribunal.

La condition juridique de l'enfant adultérin né plus de 300 jours après l'ordonnance du président du tribunal est régie par l'article 334, § 2.

TEXTE :

« En ce qui concerne les enfants adultérins, pour-
« ront être légitimés par le mariage subséquent de
« leurs père et mère, et dans l'acte même de célé-
« bration, ceux qui seront nés plus de trois cents
« jours après l'ordonnance du président du tribunal
« prévue par l'article 878 du Code de Procédure
« civile, intervenue entre celui de leurs auteurs qui
« était antérieurement dans les liens d'un précédent
« mariage et son conjoint, lorsque cette procédure
« aura abouti à la séparation de corps ou au divorce
« ou aura été interrompue par le décès de l'autre
« conjoint. »

Ce texte, comme déjà celui de l'article 313, § 2,

consacre l'existence d'une période de transition entre le mariage et la dissolution du mariage, pendant laquelle le lien conjugal est suffisamment relâché pour cesser de produire quelques-uns de ses plus importants effets. Pendant cette période qui commence au jour de l'ordonnance du président du tribunal et se termine soit au jour de la transcription du jugement de divorce, soit à la mort de l'un des époux, l'obligation de fidélité subsiste assez pour faire qualifier d'adultérins les enfants qui y sont conçus, et trop peu pour qu'on les traite avec la même rigueur que les enfants conçus dans l'adultère avant cette séparation de fait. C'est que toutes les modifications apportées par la loi au statut légal des époux en instance de divorce, leur permettent de croire qu'ils sont déjà divorcés ; ils se croient libres et souvent agissent comme tels. Aussi, le Sénat a-t-il pensé qu'on pouvait se montrer indulgent pour les enfants qui naîtraient de l'abus d'une liberté de fait que les époux sont enclins à prendre pour une liberté de droit, toutes les fois que celle-ci leur serait par la suite accordée. Le divorce rétroagira pour ainsi dire au jour de la demande comme il rétroagissait déjà en matière pécuniaire (art. 252). Depuis la loi du 6 décembre 1850 (art. 313), la présomption de paternité du mari était irritée pendant cette période puisqu'il peut désavouer l'enfant sur simple dénégation de sa part. Le désaveu étant de règle en pareil

cas, la loi de 1907 a autorisé la légitimation de ces enfants qui, auparavant, n'auraient pu en bénéficier que si un heureux hasard les eut fait naître 180 jours après la transcription du jugement de divorce de leur auteur marié.

Examinons maintenant la question suivante qui se pose quoique les tribunaux semblent la trouver toute résolue.

Question. — L'enfant conçu dans les conditions prévues par l'article 334, § 2, doit-il être désavoué par le mari préalablement à la légitimation.

Cette question est soulevée par le conflit du nouvel article 334, § 2, et de l'article 312. L'article 312, en effet, pose le principe : *pater is est*, et déclare légitime du mari tout enfant conçu pendant le mariage à moins que le mari ne l'ait désavoué, cet article n'a point été abrogé par la loi du 7 novembre 1907. Faut-il donc que les enfants conçus pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, soient préalablement désavoués par le mari pour être déclarés adultérins et pour pouvoir bénéficier de la légitimation ? Le texte du nouvel article 334, § 2, ne semble pas faire du désaveu une condition essentielle de la légitimation en pareil cas. Il paraît même à la simple lecture que le législateur a pensé que l'adultérinité de l'enfant ressortait assez des circonstances, que cet enfant d'ailleurs ne pouvait être considéré comme l'enfant du mariage et qu'en

tout cas une distinction très nette devait être établie entre l'enfant conçu dans de telles conditions et celui que le paragraphe 3 de l'article 331 qualifie de « né pendant le mariage ».

La question s'est posée devant les tribunaux qui ont paru croire à l'abrogation de l'article 312 dans le cas visé par l'article 331, § 2. Devant le tribunal de la Seine, une femme attaquait son mari en désaveu de paternité; elle soutenait que celui-ci prétendait conserver par esprit de vengeance ses droits de père sur un enfant qu'elle aurait eu de son amant pendant son instance en divorce, enfant qu'elle prétendait légitimer en vertu de la loi de 1907. Le tribunal décida que l'action était prématurée, que l'amant de la mère devait reconnaître l'enfant et qu'après la conclusion du mariage, lorsque les époux auraient un intérêt né et actuel à faire prononcer le désaveu, ils devraient attaquer le père légal, et qu'alors le tribunal serait compétent pour faire une attribution de paternité.

On ne peut nier la parfaite équité de ce jugement. L'enfant, en droit du moins, a toujours intérêt à passer pour légitime et d'un autre côté, il n'est pas douteux qu'il ait intérêt à se voir attribuer son véritable père. Dans le système instauré par ce jugement, l'enfant reste couvert par la présomption, *pater is est*, tant qu'il n'est pas désavoué; il est légitime du mari de sa mère et l'article 312 semble respecté. Les vé-

ritables auteurs viennent-ils à s'unir, le tribunal pourra leur attribuer l'enfant né de leurs œuvres, de telle sorte que celui-ci n'aura jamais cessé d'être légitime.

Ce résultat pourtant ne peut s'obtenir qu'au mépris des articles 340 et 342 qui interdisent la recherche de la paternité adultérine, car c'est bien à une semblable recherche que se livre le tribunal en homologuant la reconnaissance faite par un tiers d'un enfant présumé du mari en l'absence de désaveu.

L'article 331, § 2, abroge-t-il, ainsi tacitement l'article 340 ? Il est permis d'en douter et, malgré que l'opinion contraire satisfasse mieux l'équité, nous inclinons à croire que les auteurs de loi ont considéré que l'enfant était adultérin de plein droit quand l'instance s'était terminée par le divorce, par la séparation ou par la mort.

La jurisprudence, encore indécise, penche néanmoins dans ce sens ; elle se prononce de plus en plus nettement pour la validité de la reconnaissance de l'amant en l'absence de tout désaveu. Selon un jugement de la Cour de Bordeaux (24 juillet 1911) le désaveu est tout à fait inutile et l'enfant est adultérin de plein droit en vertu de l'article 331, § 2, lorsqu'il est né plus de 300 jours après l'ordonnance du président du tribunal. A cause de leur importance nous citons *in extenso* les attendus de ce jugement :

AFFAIRE DESMARTHON et RICHON

Instance en désaveu.

Où aux audiences précédentes, les avoués en leurs conclusions, M^e Violette, avocat pour les appelants, M^e Roy de Clotte, avocat pour l'intimé. Où M. l'Avocat général en ses conclusions : Vu le second paragraphe de l'article 313 du Code civil modifié par l'article 3 de la loi du 18 avril 1886 ainsi conçu :

« En cas de jugement ou même de demande, soit de divorce, soit de séparation de corps, le mari peut désavouer l'enfant né 300 jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé et moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. »

Vu aussi le second paragraphe de l'article 331 du même Code modifié par la loi du 7 novembre 1907 ainsi conçu : « En ce qui concerne les enfants adultérins pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère et dans l'acte même de célébration, ceux (les enfants) qui seront nés plus de 300 jours après l'ordonnance du président du tribunal prévue par l'article 878 du Code de Procédure civile intervenue entre celui de leurs auteurs qui était antérieurement dans les liens d'un précédent mariage et son conjoint lorsque cette procédure aura

abouti à la séparation de corps ou au divorce ou aura été interrompue par le décès de l'autre conjoint. Attendu que chacun de ces textes apporte une exception à la règle posée en l'article 312 du Code précité aux termes de laquelle l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.

Attendu, en effet, que si le premier permet le désaveu de paternité quand il y a eu rejet de la demande ou réconciliation, il exclut virtuellement quand il y a eu séparation de corps ou divorce détruisant ainsi pour ces deux derniers cas la présomption *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* et que d'autre part le second doit être interprété également comme renversant cette présomption en permettant la légitimation par le complice de l'adultère sans la suborner au désaveu du mari.

Or attendu en fait que la conception de l'enfant née de la dame Mongie Cartuzan se place à une époque postérieure de plus de 300 jours non seulement à la date où la dite dame lors épouse Richon avait été autorisée à avoir un domicile séparé préalablement à une instance en séparation de corps non seulement même à la date ou non pas par conversion mais par acte distinct le divorce étant ensuite demandé fut rendue l'ordonnance de non conciliation.

Et attendu que en de telles conditions *on ne saurait tenir Richon pour juridiquement apte à désavouer après son divorce l'enfant qui a été légitimée*

par la dame Mongie Cartuzan et par Desmarthon dans leur acte de mariage.

Par ces motifs la Cour après en avoir délibéré reformant le jugement dont est appel rejette la demande condamne Richon aux dépens.

Relève les époux Desmarthon de l'amende. Prononce la distraction des dits dépens au profit de M^e Tropamer avoué qui l'a requise aux offres de droit,

Bordeaux, 24 juillet 1911.

Comment l'article 313 peut-il se plier à une telle interprétation ; il fixait les délais pendant lesquels la conception de l'enfant ne serait point attribuée au mari, lorsque celui-ci la dénierait. C'est d'un texte si clair que, par une sorte de raisonnement *a contrario* et pour les besoins de la cause, on déduit que le désaveu ne sera point nécessaire lorsque la demande aura triomphé, comme si le texte avait pour but de fixer les cas où il y aurait lieu à désaveu et non le temps où il serait possible de le faire par simple dénégation.

D'ailleurs, en admettant la thèse de la Cour de Bordeaux et puisqu'on ne saurait tenir le mari « pour juridiquement apte à désavouer après son divorce l'enfant né plus de 300 jours après l'ordonnance qui met fin à la vie commune », il faudrait conclure que cet enfant est adultérin de droit dans tous les cas. Supposons, en effet, que la femme coupable d'adultère n'eût pas l'intention d'épouser son complice ; dans le sys-

tème de la Cour le désaveu est de droit, le mari n'ayant pas qualité pour le demander, il se déclanche pour ainsi dire automatiquement; l'enfant sera donc de droit adultérin et soumis à toutes les déchéances des articles 762 et 908; il sera exclu de la succession de sa mère comme de celle du mari, il ne pourra bénéficier d'une reconnaissance de son père naturel et il viendra grossir le nombre de ces malheureux dont le sort pitoyable inspirait les protestations des promoteurs de la réforme de 1907.

Les sénateurs à notre avis, n'ont pas vu la difficulté soulevée par cette question du désaveu et par le refus éventuel du mari de désavouer l'enfant; ils ont vu celui-ci toujours désavoué, ou peut-être même désavoué de droit; ce qui le donne à penser c'est l'opposition entre le paragraphe 2 de l'article 334 et le paragraphe 3 du même article où le désaveu est expressément exigé. Mais cet oubli du législateur peut-il permettre de considérer comme abrogés d'autres articles, précis et formels? ne doit-on pas plutôt chercher à combiner les différents textes lorsque cela est possible et que rien ne s'oppose à ce qu'ils coexistent? Avant la loi de 1907 on n'aurait pas osé soutenir que l'enfant, dans les conditions que nous examinons, était adultérin; en pratique on ne le soutient même pas aujourd'hui au cas où la mère ne songe pas à se remarier. Comment le fait d'un tiers (car le père naturel par l'effet de la présomption, *pater is est*, lui est légalement étran-

ger) pourra-t-il faire d'un enfant légitime un enfant adultérin ?

Si on admet la thèse du tribunal de la Seine, il faut admettre que l'enfant peut avoir pendant une période indéterminée un état incertain, état qui ne trouvera de stabilité qu'au jour du remariage de la mère avec son complice. Or le législateur a toujours attaché une grande importance à ce que l'état des personnes soit fixé une fois pour toutes ; il a limité à de très courts délais l'action en désaveu exercée par le mari ; peut-on alors supposer sans étonnement qu'il ait laissé aux mains d'un tiers une action perpétuelle qui pourra bouleverser une situation depuis longtemps acquise. Sans doute la thèse du tribunal était opportune dans les cas où il lui a été donné de statuer ; nous n'hésitons pas à dire qu'elle est extra-légale.

On nous objectera que, dans notre théorie, le paragraphe 2 de l'article 331 fait double emploi avec le paragraphe 3 ; cela est vrai lorsqu'il s'agit de l'enfant de la femme ; mais à l'égard de l'enfant du mari et d'une concubine, il conserve son utilité puisque dans ce cas il ne saurait être question de désaveu.

Au demeurant, l'article 331 est en entier rédigé d'une façon assez obscure, obscurité due à la hâte de la rédaction et le législateur n'a pas prévu tous les cas qui peuvent se présenter dans une matière aussi complexe. C'est pour cela qu'il ne faut pas en étendre l'application à des cas qui n'ont pas été explici-

tement prévus et qui étaient déjà réglés d'une façon différente car on finirait par tuer la loi sous prétexte d'en retrouver l'esprit.

Ainsi sur cette question du désaveu, nous pensons que la loi de 1907 n'en a pas aboli le principe ni la nécessité et nous constatons que dans le cas de remariage d'un époux adultère avec son complice, la jurisprudence tend à le tenir pour superflu, l'adultérinité de l'enfant ressortant assez des circonstances.

Deuxième question. — Le délai de 300 jours ne saurait-il être réduit dans certains cas ?

Le délai de 300 jours est un délai maximum : c'est celui des plus longues grossesses ; mais à côté, existe le délai de 180 jours, celui des plus courtes grossesses. Pourquoi le législateur a-t-il voulu imposer dans le cas de l'article 331, § 2, le délai le plus long ?

Pour répondre à cette question, il faut d'abord distinguer le cas de l'enfant de la femme du cas de l'enfant du mari ; il faut ensuite ne pas confondre l'hypothèse où l'instance se termine par le divorce ou la séparation et celle où elle est interrompue par le décès de l'un des conjoints. Nous examinerons successivement ces différents aspects du problème.

Pour l'enfant adultérin de la femme, le délai maximum s'explique par le souci d'éviter la confusion de part ; le législateur a voulu réunir les meilleures conditions d'adultérinité pour proclamer l'enfant adultérin et il a été guidé par le même motif qui lui a fait

imposer un délai de viduité de dix mois à la veuve qui veut se remarier (art. 228).

Mais cette observation, à notre avis, est d'une très grande importance car on peut en tirer une indication sur l'orientation, consciente ou inconsciente, de la législation qui régit notre matière et sur l'esprit même du législateur. Puisque celui-ci a imposé un délai maximum de 300 jours dans le but manifeste d'éviter une confusion de part, c'est qu'il considère que, ces délais observés, la confusion n'a plus de chance de se produire, et que, par conséquent, l'enfant ne saurait plus être du mari ; on arriverait vite ainsi à regarder les enfants nés plus de 300 jours après la séparation, non plus comme adultérins, mais, le divorce rétroagissant au jour de la demande, comme naturels simples. Ce résultat, qui n'a pas été voulu par le législateur, puisqu'il les a encore qualifiés d'adultérins, nous semble cependant virtuellement contenu dans l'adoption du délai maximum de 300 jours et nous comprenons que la jurisprudence s'appuie sur cette considération pour ne plus exiger du mari le désaveu préalable puisque l'enfant semble désavoué de plein droit. Ceci ne contredit pas ce que nous avons pu dire plus haut sur cette interprétation des tribunaux car cette suppression de la nécessité du désaveu n'est point formellement exprimée dans la loi ; on est obligé de la déduire de certaines dispositions qui la supposent et ce ne saurait suffire

pour abolir partiellement une règle aussi vieille que la règle *pater is est*. Nous disons seulement que l'article 331, § 2, témoigne d'un état d'esprit qui tend à l'affaiblissement de cette fiction, et que l'avenir en verra supprimer le caractère absolu toutes les fois que les faits le permettront et ce rapprochement de la réalité, aux dépens des entités juridiques qui s'y opposaient, nous paraît mériter la plus grande attention.

Pour l'enfant adultérin, du mari, les motifs qui ont déterminé le législateur à adopter ce même délai uniforme de 300 jours, n'apparaissent pas aussi clairement et nous verrons, en étudiant les critiques dont la loi de 1907 a été l'objet que cette assimilation de deux cas différents constitue l'un des principaux reproches qui lui aient été adressés. La confusion de part n'est plus à redouter et seule la crainte des distinctions et des complications a dû préoccuper les réformateurs dans l'adoption d'une règle uniforme. Cependant, nous avons vu que, dans l'hypothèse où le mari a des enfants d'une concubine, M. Chaumié et la majorité du Sénat avaient surtout redouté de consacrer par une disposition légale une bigamie de fait. Or, par un raisonnement analogue à celui tenu précédemment, on constate que ce délai maximum de 300 jours était censé exclure l'état de bigamie et cela parce qu'à partir de la séparation, les parties ne sont pour ainsi dire plus considérées comme mariées,

dans le cas où la demande a abouti à la dissolution du mariage ; il en résulte donc que l'enfant né plus de 300 jours après l'ordonnance aura au point de vue de la législation une condition analogue à celle d'un enfant conçu en dehors du premier mariage et que si on le considère encore par ailleurs comme adultérin ce n'est que par une survivance des habitudes prises sous le strict régime du Code civil. Mais pour qu'un tel résultat puisse être obtenu, il fallait de toute nécessité qu'aucun doute ne s'élevât sur la date de la conception, ce qui ne serait pas si l'on acceptait le délai minimum de 180 jours. Ainsi s'explique l'extension du délai maximum de 300 jours au cas de l'enfant du mari et d'une concubine. Cette explication par suite, nous confirme dans l'idée d'une orientation toute nouvelle de la législation en matière de filiation.

Quoi qu'il en soit, on ne saurait soutenir qu'un enfant né moins de 300 jours avant l'ordonnance, qu'il soit adultérin de la mère ou adultérin du mari, peut être légitimé par le mariage subséquent de ses auteurs. L'article 331, § 2, est formel à cet égard et régit également les deux hypothèses.

Examinons maintenant le cas où l'instance se trouve interrompue par la mort de l'une des parties.

Il est bien évident que si l'enfant naît moins de 180 jours après la dissolution du mariage, il ne pourra être légitimé quoique ses auteurs soient devenus libres.

Un récent arrêt a confirmé cette jurisprudence. (Cass. 7 juillet 1910. Sirey, 1910, *Bulletin des sommaires*, I, 84.)

La difficulté que l'on rencontre ici provient de ce que l'enfant né plus de 180 jours après la dissolution du mariage est considéré comme conçu en dehors du mariage toutes les fois que sa conception dans le mariage lui attribuerait une filiation adultérine, tandis que l'article 331, § 2, paraît exiger les 300 jours même lorsque la procédure a été interrompue par le décès de l'autre conjoint.

Voici l'espèce dont la solution a pu paraître incertaine ; un homme ou une femme intente une action en divorce ; aussitôt après, l'une des parties vient à mourir ; plus de 180 jours après ce décès, mais moins de 300 jours depuis l'ordonnance, la femme accouche ou l'homme a un enfant d'une concubine, car l'article 331, § 2, ne distingue pas. Quelle sera la condition de cet enfant né plus de 180 jours après la dissolution du mariage ? A notre avis l'enfant qui provient de la femme est évidemment légitime du mari ; en ce qui concerne celui de la concubine, il nous paraît évident que l'article 331 ne doit pas s'interpréter à la lettre ; les principes s'opposent à ce que cet enfant soit autre chose que naturel simple car le législateur n'a pas pu vouloir priver de la légitimation un enfant qui y aurait droit dans d'autres circonstances, s'il n'y avait pas eu d'instance en divorce préalable au décès.

Cette difficulté montre le tort que l'on a eu de ne pas distinguer dans la loi de 1907 l'enfant adultérin du mari de l'enfant adultérin de la femme.

Nécessité d'une dissolution effective du mariage.

Pour que l'enfant puisse être légitimé, il faut non seulement que sa conception ait eu lieu pendant l'instance en divorce ou séparation de corps, mais encore que cette instance ait abouti selon le vœu des époux ou qu'elle ait été interrompue par la mort de l'un d'eux ; il en résulte que si l'instance s'est terminée par une fin de non-recevoir ou par la réconciliation des époux, l'enfant ne pourra jamais bénéficier de la légitimation au cas où ses véritables auteurs, devenus libres par la suite, se marieraient. Ce texte de la loi est formel à cet égard, et nous verrons quelles critiques a soulevées cette disposition, mais nous verrons aussi comment les sénateurs furent amenés à cette solution que condamne la pure logique et que les principes sont impuissants à expliquer. Nous avons au cours de cette étude fait intervenir l'idée d'une rétroactivité du divorce au jour de la demande ou de la séparation de fait ; ce n'était qu'une fiction commode énoncée pour mettre en lumière le mécanisme de la loi. Mais il ne faudrait pas la faire intervenir ici et prétendre que les enfants ne peuvent être légitimés

parce que l'instance n'ayant pas abouti le divorce n'a pas pu rétroagir, car on ne s'expliquerait pas comment la légitimation serait possible au cas d'interruption de l'instance par le décès de l'un des époux. L'idée de rétroactivité n'est donc pas à la base de la loi

D'un autre côté, on ne saurait prétendre que les dispositions favorables aux adultérins, de l'article 334, reposent sur une indulgence des sénateurs pour un adultère commis pendant la période de relâchement du lien conjugal ; car, si le célibat forcé de la période de l'instance constitue une excuse, on ne voit pas en quoi cette excuse aurait moins de force parce que les époux se seraient par la suite réconciliés ou que leur action aurait été repoussée. La solution admise par les sénateurs répugne donc à toute explication purement logique ; nous verrons qu'au contraire elle peut se justifier par des considérations d'utilité et de moralité sociales.

Quant à la condition juridique de l'enfant conçu dans ces conditions, elle ne nous paraît pas difficile à déterminer. L'enfant adultérin du mari demeurera étranger à son père qui ne pourra le reconnaître (article 335). L'enfant adultérin de la femme sera considéré comme légitime du mari. La règle *pater is est* conserve évidemment à son égard son plein effet dans la loi de 1907 puisqu'elle ne peut paraître irritée qu'en faveur des enfants dont les parents légaux ont obtenu le divorce. Le mari pourra, il est vrai, désavouer

cet enfant (art. 343, § 2), mais ce n'est pour lui qu'une pure faculté et nous ne pensons pas que l'on puisse invoquer ici le désaveu de plein droit que la jurisprudence admet au cas où l'instance a abouti au divorce ou à la séparation. Agir ainsi serait rendre pire la condition des adultérins, puisque l'on chasserait de la famille un enfant sans qu'il ait l'espoir d'une réhabilitation quelconque. On peut donc invoquer ici les paroles mêmes de M. Violette (séance du 30 oct. 1907) : « Il est bien entendu que cette loi destinée, de l'aveu unanime, à améliorer la situation des enfants adultérins ne peut en une mesure quelconque la rendre pire. » En revanche l'état de l'enfant se trouve en suspens dans le cours de l'instance, mais cet inconvénient est inhérent à tout litige en matière de filiation.

On voit donc que le paragraphe 2 du nouvel article 331 est particulièrement sévère pour l'enfant du mari et d'une concubine, puisque cet enfant ne pourra être légitimé que si sa conception se place certainement après l'ordonnance prévue par l'article 878 du Code de Procédure. L'enfant adultérin de la femme possède une situation meilleure, puisqu'il aura toujours une légitimité (du moins selon l'interprétation que nous avons donnée) et que même né dans le mariage, il pourra être légitimé s'il vient à être désavoué par le mari. C'est ce que nous allons étudier dans le paragraphe suivant.

II. — Condition de l'enfant né pendant le mariage et désavoué par le mari (art. 331, § 3).

L'enfant adultérin de la mère reste couvert par la présomption *pater is est* qui a été établie à son intention ; mais cet enfant venant à être désavoué par le mari, dans les conditions prévues par la loi (art. 312) tombe dans la catégorie des enfants légalement adultérins que nous avons précédemment étudiée ; c'est-à-dire qu'il est exclu de la famille, privé de tout lien de parenté avec ses père et mère (son père naturel, ne pouvant le reconnaître), et réduit aux aliments. Le paragraphe 3 du nouvel article 331, en autorisant la légitimation de cet enfant par le mariage subséquent de ses auteurs, a établi en sa faveur une remarquable réhabilitation et l'a fait passer d'un coup de la situation pire à la meilleure. Ce résultat doit être considéré comme un recul du préjugé qui regardait l'enfant comme marqué par la faute de ses parents et destiné à en subir le châtiment à leur place ; nous ne pouvons que nous féliciter de ce léger progrès vers la réalité.

Cet enfant pourra donc être légitimé à la double condition d'avoir été préalablement désavoué et d'avoir été reconnu par l'amant de sa mère, complice d'adultère.

Le désaveu se présente donc comme une condition toujours nécessaire pour qu'un enfant conçu dans le mariage puisse, par la suite, devenir légitime du second mari de sa mère. Quelles que soient les circonstances et quand bien même il apperrait que le mari ne peut en être le père, la règle *pater is est* conserve toute sa force et aucune action n'est recevable qui tendrait à rétablir la véritable filiation de l'enfant. Il semble qu'il y ait là comme une survivance lointaine de l'époque où le mari était véritablement le possesseur de sa femme et où il était maître de toute la progéniture de celle-ci par droit d'accroissement. Lui seul et ses héritiers ont le droit de décider s'il leur convient ou non d'aliéner leur droit de propriété ou, en langage moderne, s'ils veulent conserver dans la famille un enfant avec toutes les charges et tous les droits attachés à la qualité d'enfant légitime.

A ce propos, une difficulté se présente. Quid au cas où le mari étant mort, une partie seulement des héritiers intentent l'action en désaveu et triomphent ? Il est généralement admis qu'en vertu du principe la relativité de la chose jugée, l'enfant restera légitime à l'égard des autres héritiers et, qu'à part ses droits pécuniaires dont il sera déchu dans la proportion de la part du patrimoine revenant à ses adversaires, il conservera à l'égard de l'ensemble de la famille sa filiation présumée et par suite ne pourra bénéficier de la légitimation de l'article 334, § 4.

Pour qu'il pût en bénéficier, il aurait fallu que le désaveu de tous les héritiers se fut exercé contre lui, ce qui aurait eu lieu s'il avait appelé en cause les autres héritiers. En pratique il en est ainsi, et, l'enfant rejeté de la première famille, peut prendre place dans celle que créeront ses auteurs naturels en contractant mariage.

Le désaveu ne suffit pas pour permettre la légitimation ; il faut encore que l'enfant soit reconnu par ses deux auteurs. Comme cette dernière condition s'applique à la fois aux cas prévus par les paragraphes 2 et 3 de l'article 331, nous en ferons l'objet d'une étude particulière dont les conclusions s'appliqueront aux deux catégories d'enfants adultérins.

II. — Nécessité d'une reconnaissance préalable à toute légitimation.

Art. 331 (L. 7 novembre 1907). — « Les enfants
« nés hors mariage pourront être légitimés par le
« mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque
« ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur
« mariage ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte
« même de célébration. »

Le but de la légitimation n'est pas, comme on pourrait le croire, de conférer la légitimité à n'importe quel enfant dont l'un des auteurs vient à se ma-

rier, mais bien d'élever à la dignité de filiation légale la filiation naturelle quand elle est consacrée par le mariage. Mais la filiation naturelle reste toujours obscure, du moins pour la paternité, rien ne la révèle et la société l'ignore. Devant cette pénurie de preuves, le législateur de 1804, comme celui de 1907, a pensé que l'aveu des parties, particulièrement l'aveu du père, serait tenu pour preuve suffisante de sa paternité et que sa simple déclaration ferait autorité sans examen. Nous pensons que cette présomption de sincérité attachée à la reconnaissance n'est point à l'abri de toute critique ; mais comme elle constitue un des principes les mieux établis de notre Code civil, nous nous contenterons, pour le moment, de la constater, et d'en tirer cette idée que la reconnaissance, exigée pour la légitimation préalablement au mariage, est tenue pour la preuve du lien du sang existant entre l'auteur de la reconnaissance et celui qui en est l'objet.

On comprend donc l'exigence de la loi à l'égard du père, puisque la paternité reste mystérieuse et sans contrôle ; mais à l'égard de la mère dont la maternité est généralement publique, on n'en voit plus l'utilité surtout dans l'hypothèse que nous étudions où la filiation maternelle a été le plus souvent authentiquement établie. Cependant, les termes absolus de l'article 331 ne permettent pas de doute ; les auteurs de la loi ont dû considérer surtout le cas

d'un enfant né d'un homme marié et d'une concubine ; la naissance de l'enfant a pu se produire clandestinement et la maternité, être dissimulée ; alors la reconnaissance de la mère garde une certaine utilité.

Ajoutons que la reconnaissance doit être expresse et accomplie dans les formes prévues par les articles 331 et 334 du Code civil ; elle ne saurait résulter, par exemple, d'un jugement rendu en faveur de l'enfant qui aurait intenté contre sa mère une action en recherche de maternité ; elle ne résulterait pas davantage d'un jugement de désaveu quoique la filiation soit alors rigoureusement certaine et vraiment, la rigueur de la loi dans cette hypothèse ne paraît pas explicable logiquement ; il y a là une de ces formalités surérogatoires qu'excuse seul le désir d'appliquer à tous les cas une règle uniforme. Remarquons d'ailleurs qu'en dehors des circonstances exceptionnelles que nous venons de signaler, l'exigence du Code a sa raison d'être ; si l'on admet l'opinion d'après laquelle l'enfant conçu pendant la période de l'instance en divorce, n'a pas besoin d'être désavoué, une reconnaissance de la part de la mère nous paraît indispensable pour créer entre l'enfant et ses deux auteurs le lien légal qui soutient la légitimation.

Opposition entre les articles 331 et 335. — On s'est demandé s'il n'y avait pas une contradiction insoluble dans l'expression « reconnaissance des adulté-

rins » puisque l'article 335 prohibe formellement une semblable reconnaissance ; et l'article 331 est rédigé de telle sorte qu'il suppose possible aussi bien une reconnaissance antérieure au mariage qu'une reconnaissance dans l'acte même de célébration.

La réponse à la difficulté que nous signalons est facile et M. Violette l'a lui-même fournie à la Chambre : la loi n'autorise que les reconnaissances opérées à fin de légitimation, c'est-à-dire celles qui doivent être suivies du mariage ; mais comme un délai indéterminé peut s'écouler entre les deux actes il y a lieu de se demander qu'elle est la valeur d'une telle reconnaissance tant que le mariage n'est pas intervenu et à partir de quand cette reconnaissance devient caduque.

Le débat est d'une grande importance pratique, car, autoriser pareille reconnaissance préalable, c'est ouvrir la porte au scandale qu'a voulu prévenir l'article 335. On aura beau déclarer qu'en droit, la reconnaissance est sans valeur tant que le mariage n'aura pas été célébré, elle n'en restera pas moins consignée dans les registres publics et une filiation adultérine sera portée légalement à la connaissance de tous et cela en dehors de toute légitimation. D'autre part, restreindre à l'acte de célébration le moment où la reconnaissance sera possible, n'est-ce pas aller contre le texte même de la loi nouvelle qui ne distingue point la reconnaissance préalable de celle qui a lieu

dans l'acte de célébration ? N'est-ce pas surtout obliger les époux à déclarer leur faute publiquement ? Il nous paraît donc préférable de donner effet à la reconnaissance préalable lorsqu'il apparaîtra que celle-ci a été faite en vue de la légitimation ; ce sera une reconnaissance conditionnelle qui n'acquerra de valeur qu'au jour de la réalisation de la condition, au jour du mariage. L'officier de l'état civil devra donc accepter une telle reconnaissance quand bien même les deux parents la feraient dans un seul et même acte ; nous pensons même que, faite dans cette forme, elle manifesterait l'intention qui lui donnerait sa valeur. La formule même de l'acte pourrait mentionner que cette reconnaissance n'a d'autre effet que de permettre la légitimation de l'enfant (1).

Ainsi se trouvent conciliés les deux articles 334 et 335. La reconnaissance proprement dite des enfants adultérins demeure impossible ; la reconnaissance de l'article 334 est une reconnaissance spéciale ; elle n'a de force qu'en puissance ; elle n'est pas nulle, car un acte nul ne peut jamais produire aucun effet ; elle est comparable à un corps inerte mais qui contient une énergie susceptible d'être dégagée et utilisée

1. Un récent jugement du tribunal de la Seine (16 juin 1912) vient de décider que les reconnaissances d'enfants adultérins faites avant la célébration du mariage, dans les cas prévus par la loi du 7 novembre 1907 seraient inopérantes, que seules seraient valables celles qui seraient contenues dans l'acte de célébration du mariage.

dans certaines conditions. Il faut donc dire que jusqu'au jour du mariage, le mari qui a reconnu l'enfant de sa concubine ou l'amant qui a reconnu l'enfant d'une femme mariée, n'en a pas fait *ipso facto* un enfant adultérin ; celui-ci ne subira donc aucune déchéance ; il pourra hériter et recevoir à titre gratuit comme par le passé. Néanmoins, ce point peut sembler douteux et ce sera un de ceux que les tribunaux auront le plus de difficulté à trancher quand l'espèce s'en présentera devant eux.

Il eût fallu, pour éviter qu'une reconnaissance antérieure au mariage, ne soit considérée comme nulle par suite d'un trop long temps écoulé entre les deux actes, ou à cause de l'incertitude sur l'intention des parties, n'admettre que les reconnaissances dans l'acte même de célébration (décision du jugement récent que nous venons de citer) ou même, ce qui est l'objet d'une proposition de loi (proposition Merle) et ce qui se pratique en quelques pays, notamment en Espagne, d'admettre une reconnaissance spéciale au cours du mariage et sous le contrôle des tribunaux.

Quoi qu'il en soit et pour plus de sécurité, les intéressés feront bien de renouveler la reconnaissance dans l'acte de célébration et c'est à cette pratique qu'on se rangera si la jurisprudence vient à annuler trop facilement les reconnaissances préalables.

La conclusion de cette discussion sera qu'un grand pas a été fait en faveur de la reconnaissance de sen-

fants adultérins et que la règle de l'article 335 par l'exception grave qui vient d'y être apportée, a perdu le caractère absolu et intransigeant que lui avait donné le Code civil ; elle n'est plus intangible et l'on peut prévoir de nouvelles atteintes dans l'avenir, surtout si l'on vient à abroger, comme il en est question, l'article 340 et si l'on admet en France la recherche de la paternité, car cette réforme entraînerait la recherche de la paternité même adultérine.

III. — Condition de l'enfant issu de père et de mère séparés de corps.

La loi n'a point prévu cette hypothèse, mais le législateur l'a pourtant aperçue car le rapporteur, M. Chaumié s'en est expliqué et a conclu que l'enfant pourrait être légitimé (1) : «... enfant, dit-il, né de relations intervenues entre un homme et une femme dont l'un était engagé dans les liens du mariage, liens non encore juridiquement rompus, mais relâchés cependant soit par une séparation de corps, soit par la procédure souvent très longue d'une instance en divorce. Ces liens venant enfin à être brisés, soit par le divorce, soit par le décès de l'autre conjoint, il est juste de permettre à cet homme et à cette femme qui

1. Sénat, *Journal Officiel*, 23 octobre 1907.

désormais vont pouvoir se marier de légitimer cet enfant ; il serait inhumain de le leur interdire. »

Si l'intention du législateur a force de loi, nous admettons pleinement les conclusions de M. Chaumié, car, tout en regrettant la lacune du nouvel article 334, nous convenons que si l'enfant conçu pendant l'instance en séparation de corps peut être légitimé par le mariage subséquent de ses auteurs (art. 334) l'enfant conçu après jugement de séparation doit l'être également.

Mais M. Chaumié n'a pas prévu le cas de réconciliation. Conformément aux principes généraux, il faudra sans doute adopter la solution du cas semblable précédemment examiné, quand l'enfant a été conçu au cours d'une instance en divorce qui n'a point abouti, et décider que cet enfant sera considéré comme légitime du mari et ne pourra être légitimé si ses auteurs véritables viennent par la suite à contracter mariage.

**Mention de la légitimation en marge
de l'acte de naissance. — (Art. 334, § 4).**

Le paragraphe 4 de l'article 334 décide qu'il sera fait mention de la légitimation en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé. Cette obligation imposée déjà par la loi du 17 août 1897 est une simple mesure d'ordre dont l'inexécution ne saurait en au-

cun cas entraîner la nullité de la reconnaissance. Elle s'impose néanmoins pour que l'enfant qui, la plupart du temps, ne sera connu que sous le nom de famille de sa mère, puisse facilement faire la preuve de son nouvel état.

CHAPITRE IV

Critiques soulevées par la loi du 7 novembre 1907

63. — Lorsque la loi, retouchée par le Sénat, dut être à nouveau examinée par la Chambre, ses promoteurs ne cachèrent point leur mécontentement ; ils furent néanmoins d'avis d'accepter la nouvelle rédaction, bien qu'ils la déclarassent « aussi injuste que l'ancienne, puisqu'elle a de plus l'inconvénient d'être contradictoire et arbitraire ». Mais ils pensaient qu'elle qu'il était, le texte du Sénat permettrait la légitimation d'un certain nombre d'enfants que la législation alors en vigueur laissait en dehors de leur famille naturelle. Il serait temps ensuite de reprendre le projet primitif et par un second vote d'affirmer à nouveau l'opinion publique. La presse se fit d'ailleurs l'écho du mécontentement de tous les partis, les uns estimant que la légitimation des adultérins portait un coup décisif à l'institution de la famille, les autres déplorant les restrictions apportées par le Sénat au texte libéral voté par la Chambre et s'api-

toyant sur le sort des malheureux auxquels on avait donné l'espoir d'une prochaine réhabilitation et qui se voyaient exclus à jamais de leur famille. Des parents écrivirent aux journaux la déception douloureuse que leur causait cet échec de leur désir, ne pouvant comprendre par quelle subtilité, de deux enfants nés des mêmes auteurs, l'un serait légitime et l'autre adultérin et dépourvu de filiation paternelle.

Nous ne nierons pas que la loi de 1907 soit une œuvre hâtive destinée à une promptre révision. Nous allons passer en revue les griefs qu'on lui oppose ; nombre d'entre eux sont parfaitement fondés. Cependant, la conception du Sénat était loin d'être incohérente, comme on le dit habituellement, et nous essaierons de montrer la raison, peut-être inconsciente, qui a guidé les sénateurs.

Remarquons d'abord qu'il ne saurait plus y avoir désormais d'enfants légalement adultérins ; dont le sort ne soit susceptible d'une grande amélioration par le mariage subséquent de ses parents ; seuls se verront exclus du bénéfice de la légitimation, les enfants adultérins de fait mais naturels en droit, tels que les enfants d'une concubine, cette conséquence de la loi peut donc être regardée comme heureuse ; car les enfants d'une concubine étant naturels simples, sont moins déshérités que les adultérins de droit, puisqu'ils peuvent recueillir l'héritage de leur mère et que rien n'empêche leur père de tester en leur faveur.

C'est pourtant cette différence de condition entre les enfants adultérins de la femme et ceux du mari qui a le plus choqué les esprits égalitaires ; on a crié à l'injustice et l'on a d'autant moins compris cette différence de condition que l'adultère de la femme, qui risque d'introduire dans la famille des éléments étrangers, a toujours été réputé plus coupable que l'adultère de l'homme.

Nous répétons que nous aurions souhaité moins de sévérité pour les enfants adultérins du mari ; mais, d'un autre côté, il est certain que la loi s'oppose davantage à la nature quand elle prétend séparer l'enfant naturel de sa mère que lorsqu'elle méconnaît les liens qui l'unissent à son père, non seulement parce que le père est plus incertain que la mère, surtout lorsque celle-ci a conçu hors mariage, mais encore parce que la paternité, dans ces conditions, est rarement désirée du père. N'oublions pas les raisons naturelles qui unissent l'enfant à sa mère, affection, dévouement, sacrifice dont il est l'objet de sa part. Comme on l'a dit justement, l'amour n'est qu'un accident dans la vie de l'homme, tandis qu'il est toute la vie de la femme ; elle seule peut et sait remplir toutes les obligations de l'amour maternel. Dans les classes inférieures de la société, où l'homme vit plus près de la nature, il n'est pas rare de voir l'enfant à la charge de la mère ; le mari ou l'amant ont fui plutôt que de consacrer à leur progéniture une par-

tie de leurs ressources ; l'abandon de la mère est plus rare, surtout lorsqu'elle a connu quelque temps l'enfant.

Quoi qu'il en soit, nous croyons que le désir plus ou moins conscient de ne pas séparer l'enfant de sa mère a influé sur la détermination des sénateurs, mais il faut remarquer aussi que les enfants légalement adultérins de la femme étant infiniment moins nombreux que les adultérins de fait du mari, il y avait moins de danger à les admettre à la légitimation. Sans compter qu'on ne saurait sérieusement, en cette circonstance, parler de polyandrie, car l'on sait quel court délai est réservé au désaveu et, en fait, il sera bien rare qu'un homme, après avoir désavoué l'enfant de sa femme, continue à vivre avec elle. La séparation et le divorce suivront immédiatement et si la femme épouse son complice, des enfants de son mari ne s'intercaleront pas entre celui qu'elle voudra légitimer et la légitimation. Il ne subsistera donc pas de preuve de sa cohabitation simultanée avec deux hommes différents ; son second mariage sera réputé avoir pris date du jour de la conception et le divorce remontera au jour du fait qui l'a motivé. Sans doute, il pourra arriver qu'une femme accouche secrètement et que son mari n'apprenne que plus tard la naissance de l'enfant que la loi l'autorise à désavouer, mais cela ne paraît pas devoir se réaliser assez souvent pour que l'on en tienne compte dans une loi générale.

Le mari, au contraire, peut entretenir un faux ménage, avoir simultanément des enfants de sa femme et de sa concubine ; s'il légitime ces derniers après la dissolution de son mariage, l'état de bigamie dans lequel il aura vécu de longues années apparaîtra clairement par le rapprochement de sa progéniture, résultat choquant pour nos mœurs.

Ajoutons que l'hostilité serait plus vive entre frères consanguins dont les uns auraient pour mère une concubine qu'entre frères utérins dont l'un aurait été désavoué. Cela résulte, comme nous l'avons dit plus haut, de la force du lien qui unit entre eux les enfants d'une même femme.

C'est donc à des considérations de ce genre, plutôt qu'à une absence de réflexion, qu'il faut attribuer le vote de la majorité du Sénat. L'œuvre dans son ensemble a été hâtive et manque de logique, mais dans leur hâte, les sénateurs ont cependant obéi à une idée directrice : ils n'ont pas voulu que deux mariages chevauchent l'un sur l'autre ; ils ont sauvegardé le principe du mariage traditionnel, du mariage monogame et tel que le conçoit le christianisme et tel que l'organise le Code civil. Cette intention paraît avoir échappé à la plupart de ceux qui se sont élevés contre la prudence du Sénat en cette circonstance.

Il est une autre critique généralement adressée à la loi et que nous approuvons, bien que de bonnes raisons puissent lui être opposées. La loi de 1907 a

assimilé l'enfant du mari à l'enfant de la femme dans le calcul des délais du paragraphe 2. Il est facile de comprendre que lorsqu'il s'agit de l'enfant issu d'une femme en instance de séparation de corps ou de divorce, il faut s'attacher au délai de conception le plus long pour éviter sûrement la confusion de part surtout si l'on veut tenir l'enfant pour désavoué de plein droit; s'il est vrai qu'il faille interpréter ainsi l'article 334, § 2, l'enfant né entre le 180^e et le 300^e jour après l'ordonnance, peut aussi bien être du mari que de l'amant, et, pour peu que l'on accorde de poids à la règle *pater is est*, il doit être réputé légitime du mari. Ce point de vue changera sans doute dans l'avenir, mais on conçoit la raison qui a fait maintenir le délai maximum de 300 jours entre l'ordonnance du président et la naissance de l'enfant.

On ne saurait alléguer de semblable raison à l'égard de l'enfant du mari. La jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour décider qu'un homme peut reconnaître et légitimer un enfant né 179 jours pleins après le décès de sa femme. Il y avait, dans l'espèce qui nous occupe, même motif de déclarer légitimable l'enfant né 180 jours seulement après l'ordonnance du président du tribunal. D'autant plus que le vœu du législateur était, sans doute, d'admettre tous les enfants adultérins au bénéfice de la légitimation; il n'a été retenu qu'à regret par un motif de pudeur sociale lorsque l'enfant avait été conçu

pendant la durée des relations conjugales ; or ce scrupule s'évanouit de lui-même lorsqu'il est croyable que l'enfant n'a été conçu qu'après la cessation de ces relations.

En fait, les auteurs de la loi se sont simplement souciés de mettre d'accord les délais de l'article 334, § 2, avec ceux de l'article 343 (et cela pour ne point paraître innovateurs). Mais dans l'article 343, il n'était justement question que de l'enfant de la femme, enfant qui a bien intérêt à ce qu'on reporte sa conception à l'époque où le mariage conservait toute sa force, tandis que l'enfant du mari a un intérêt opposé puisqu'il est exposé à ne pouvoir jamais bénéficier de la légitimation. La proposition de M. Maxime Lecomte, comme nous le verrons, tient compte de cette objection, elle va même jusqu'à étendre à l'enfant de la femme le bénéfice du délai de 180 jours ; mais cette innovation procède d'un nouveau progrès des idées sur la légitimation et d'une première atteinte portée à la règle *pater is est*. Cependant cette retouche de la loi de 1907 est surtout présentée comme la correction d'une distraction. Quoi qu'il en soit, nous ne pensons pas, tant que la nouvelle proposition n'aura pas été votée, que les tribunaux aient le droit de s'en inspirer et de déclarer valable la légitimation d'un enfant adultérin du mari né moins de 300 jours après l'ordonnance du président du tribunal.

La loi de 1907 n'a pas prévu l'hypothèse d'un enfant né moins de 300 jours avant l'ordonnance, mais après la dissolution du mariage qui le rend adultère. Les débats parlementaires pourtant y font allusion et M. Violette (séance du 11 octobre 1907) a dit à ce propos : « Il est toutefois nécessaire de marquer que l'honorable sénateur n'a pas visé le cas où les deux époux auraient la faculté légale de se marier au moment de la naissance des enfants que leur mariage postérieur doit légitimer. Conformément aux travaux préparatoires du Code civil, à la déclaration de Bigot-Préameneu et surtout à celle appréciée et si formelle du tribun Duvergier au Corps législatif dans cette hypothèse, la légitimation est possible. »

Or, comme nous l'avons exposé plus haut, les tribunaux ont toujours refusé d'interpréter le Code dans le sens où M. Violette l'entend et la jurisprudence ne saurait déclarer légitimable un enfant né dans de telles conditions. M. Violette n'a pas prétendu modifier le Code, il en a seulement donné une interprétation personnelle qui s'impose d'autant moins que le Sénat n'a pas adopté dans leur ensemble les vues du rapporteur à la Chambre des députés. Nous croyons donc ce point à l'abri de toute controverse : l'enfant n'est pas légitimable, ce que nous regrettons vivement tout en reportant la faute au législateur, trop pressé d'aboutir ou trop mal informé des difficultés de la matière.

La même cause d'erreur explique le désaccord apparent qu'on a relevé entre l'article 331, § 2 et l'article 312, désaccord que nous avons exposé et résolu précédemment. Les critiques sont ici faciles et n'ont point fait défaut; elles portent toutes sur l'inintelligibilité du texte de 1907, en ce qui concerne le désaveu préalable et retombent sur la défectuosité du travail parlementaire dont les juristes semblent écartés à dessein. Nous avons dit comment le Sénat s'était imaginé que l'enfant né plus de 300 jours après l'ordonnance était désavoué le plein droit et nous avons critiqué les jugements qui ont pris cette méprise du législateur pour un article de droit non écrit dans la loi. On a soutenu cependant que la fausse interprétation de l'article 313 contre laquelle nous nous sommes élevés, n'était pas le fait du rapporteur de la loi mais bien des tribunaux qui, dès 1852, avaient jugé en ce sens. Nous avons tenu à relever les jugements cités à ce propos et il est curieux de voir comment les auteurs du texte du Sénat les ont interprétés et leur ont fait proclamer l'inutilité du désaveu dans le cas que nous étudions. Ces décisions ont toutes été rendues à la requête du mari ou d'héritiers du mari agissant en désaveu.

La première a été rendue (1) à Bordeaux le 16 juin 1858 : Attendu, dit le tribunal, que la loi de 1850 a

1. Bordeaux, le 16 juin 1858 (D. 1859.2.14).

fait de la séparation de corps prononcée ou seulement demandée, un troisième cas de désaveu lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après l'ordonnance du président du tribunal qui a autorisé la femme à résider hors du domicile conjugal qu'il résulte de texte comme de l'esprit de cette loi que la séparation de fait des époux en exécution de cette ordonnance, constitue une impossibilité morale de cohabitation dont les effets sont assimilés à ceux de l'impossibilité physique résultant de l'éloignement du mari ou d'un accident... « Ainsi c'est d'une telle disposition ou de dispositions semblables, que le rapporteur du Sénat a tiré la conclusion que l'enfant d'une femme séparée de corps n'était pas légalement censé enfant du mari et que, par conséquent, le désaveu était superflu. S'il en allait ainsi, nous appuyant sur les termes du jugement qui déclare assimiler l'impossibilité morale de cohabitation résultant de la séparation de corps à l'impossibilité physique provenant d'une blessure du mari il nous faudrait conclure que l'enfant n'est plus protégé par la règle, *pater is est* dans le cas où le mari aurait été malade ou blessé lors de la conception, et cela d'autant mieux que cette assimilation ne résulte pas seulement des dispositifs d'un jugement mais des travaux préparatoires de la loi de 1850. En effet, si l'on remonte à l'origine de la disposition dont il s'agit, on voit que dans le projet primitif le paragraphe 2 se rattachait au paragraphe 1, qu'il accordait également

au mari le droit de prouver qu'il n'est pas le père de l'enfant mais qu'un amendement de la Commission, unanimement adopté, distingue les deux paragraphes et accorde au mari le droit absolu de désavouer l'enfant, droit qu'il avait déjà auparavant en cas de blessure ou de maladie graves à condition qu'il fit la preuve de l'impossibilité qui résultait tantôt de la maladie, tantôt de la date de naissance de l'enfant.

Il est vrai que le tribunal ajoute que « cette nouvelle disposition comble une lacune dès longtemps signalée, que la demande en séparation faisant, à partir de l'ordonnance du président du tribunal, cesser de fait et de droit la cohabitation des époux, il est raisonnable qu'elle fasse cesser aussi la présomption de paternité ». A notre avis, le tribunal a, par cette phrase, entendu dire seulement que la présomption de paternité du mari cessait d'être dans ce cas opposable au mari. C'est pourtant cette (1) phrase reproduite par tous les jugements postérieurs sur la matière, qui a induit en erreur la Commission chargée d'élaborer le projet de loi de 1907. Il eût été facile de découvrir la vérité en examinant les espèces proposées et l'on aurait évité ainsi une regrettable confusion dont la jurisprudence actuelle tend à se faire l'écho. Si le législateur de 1907 avait voulu soustraire l'enfant conçu pendant l'instance en sépa-

1. Lyon, 13 juillet 1890.

ration de corps ou en divorce à la nécessité du désaveu et le rendre directement susceptible d'être légitimé, il eût dû le dire explicitement et adopter une disposition analogue à celle que propose M. Baudry-Lacantinerie : « En cas de jugement ou même de demande, soit de divorce, soit de séparation de corps, tout intéressé pourra contester la légitimité de l'enfant né 300 jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé et moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. L'action en contestation de légitimité ne sera pas admise, s'il y a eu réunion de fait entre les époux. » Ce texte tend à assimiler l'enfant né 300 jours après l'ordonnance du président du tribunal à celui qui naît 300 jours après la dissolution du mariage ; il édicte une règle analogue à celle de l'article 315. L'enfant est provisoirement regardé comme légitime mais tout intéressé pourra à toute époque faire prononcer l'adultérinité, le mari, ne sera plus le seul intéressé. De plus, on n'aura plus à observer les délais du désaveu ; l'action sera imprescriptible comme toute action se rapportant à une question d'état. L'amant de la mère, lui-même, serait considéré comme intéressé et pourrait reconnaître l'enfant pour le légitimer et l'action qui lui serait ainsi conférée par une disposition d'ordre général semblerait moins choquante que le droit particulier de reconnaissance, fondé sur son propre délit. La

mère aussi serait fondée à soutenir qu'elle a conçu naturellement et pourrait faire inscrire l'enfant sous son nom propre, à l'exclusion de celui du mari.

Tel serait précisément, selon nous, l'inconvénient d'un semblable projet; il n'est pas bon de donner à tout le monde le droit de faire prononcer l'adultérinité de l'enfant; une telle faculté risquerait même d'aboutir à un résultat déplorable dans le cas où une femme adultère et son complice ne seraient pas appelés à s'épouser, car alors l'enfant encourrait les déchéances des articles 762 et 908 du Code civil. En tous cas, il faut en repousser le principe tant que la situation légale des enfants adultérins n'aura pas été améliorée, c'est-à-dire tant qu'on ne leur aura pas accordé la condition d'enfants naturels simples.

D'autre part, serait-il possible d'inscrire dans la loi que l'action en contestation de légitimité sera réservée au cas de mariage de la mère avec le père naturel de l'enfant, en d'autres termes de sanctionner législativement la jurisprudence qui tend à s'établir ? Nous ne le croyons pas, car cela introduirait l'arbitraire dans l'état de l'enfant. Il est contraire au bon sens de toujours subordonner la filiation d'un homme à son intérêt ; la loi, en cette matière, est censée suivre la nature qui n'a nul souci de l'agrément de chacun et il serait plaisant de constater que, légalement, on peut changer de père, selon les circonstances.

En l'état actuel des choses et tant que les articles 335, 762 et 908 n'auront pas été abrogés, il nous semble prudent de laisser produire son plein effet à l'article 312 et de décider que l'enfant, jusqu'au désaveu, est présumé, d'une façon absolue, appartenir au mari. Sans doute, cette solution présente de graves inconvénients mais elle cessera d'avoir sa raison d'être quand on aura modifié le système traditionnel dans le sens des tendances nouvelles.

Les critiques que nous venons d'examiner portent sur la loi, telle qu'elle existe ; d'autres portent sur les omissions de la loi, le législateur n'a pas prévu certains cas qui peuvent pourtant présenter un certain intérêt.

Souvent lorsqu'une femme mariée conçoit des œuvres d'un amant, elle cache à son mari la naissance de l'enfant dont elle accouche clandestinement ; elle le fait inscrire soit sous le nom du mari, soit le plus souvent sous son propre nom ; dans cette hypothèse, l'enfant est censé légitime mais pourra être désavoué sitôt que son existence se révélera au mari ou à ses héritiers. Désavoué, il sera susceptible de légitimation si la mère épouse son amant, mais à condition qu'il ait été préalablement reconnu. Il pourra donc arriver que, par crainte du scandale, l'existence de l'enfant ne soit jamais révélée et que par conséquent il se trouve hors des conditions prévues par l'article 331 et ne puisse jamais être légitimé, il restera

donc adultérin et exposé à toutes les déchéances attachées à ce titre. Au cas où l'amant voudrait le reconnaître avant son mariage avec la mère, il n'est pas certain qu'il puisse le faire s'il n'y a pas eu désaveu du mari. La jurisprudence l'admet, nous l'avons vu, au cas où l'enfant est né plus de 300 jours après l'ordonnance du président du tribunal, puisqu'elle conseille à l'amant de reconnaître l'enfant et de poursuivre le mari après que le mariage lui aura donné un intérêt né et actuel à exercer cette poursuite. Mais étendrait-elle cette solution au cas que nous examinons, alors que l'enfant a été conçu dans le mariage.

Si la mère avait inscrit l'enfant comme né de père et mère inconnus, celui-ci venant à triompher dans une action en recherche de maternité, passerait pour légitime du premier mari (sauf la preuve de non-paternité faite par le mari ou ses héritiers conformément à l'art. 325). Dans cette dernière hypothèse, il ne pourra pas être légitimé si sa mère a déjà contracté mariage avec son complice et le vœu du législateur, une fois de plus, ne sera pas exaucé. Or, il est toujours regrettable qu'une loi ne soit susceptible que d'application partielle, sans que l'on voie nettement les motifs des exceptions qui y sont apportées.

Telle que l'a votée le Sénat, la loi sur la condition des enfants adultérins n'a satisfait personne. Aux yeux des conservateurs et des traditionnalistes, elle

constitue une brèche nouvelle dans l'antique organisation de la famille ; il leur semble inadmissible que désormais des enfants, nés de relations extra-conjugales, puissent traiter de frères les enfants régulièrement issus de l'union privilégiée. Au point de vue utilitaire même, ils font remarquer, non sans raison, comment d'une infraction à une obligation contractuelle résultera un appauvrissement pour les descendants de la partie lésée, puisque les nouveaux venus seront copartageants du patrimoine de l'auteur commun. Ainsi, disent-ils, lorsqu'on s'écarte des principes inflexibles qui, seuls, peuvent opposer une digue au débordement des passions, on est amené, de concession en concession, à la ruine complète des institutions et de la moralité. De telle sorte qu'au nom d'un sentimentalisme aveugle, on n'aboutit qu'à augmenter encore le fardeau de douleur qui pèse sur l'humanité. L'idée de devoir est née du châtiment ; en supprimant le châtiment, le devoir s'évanouit ; l'adultère dépourvu de sanction cesse d'être une faute et déjà on en revendique la liberté en réclamant l'abrogation des articles 337 et 338 du Code pénal. Sans compter que la faculté de légitimation accordée aux enfants adultérins tendra à en augmenter le nombre et à multiplier les scandales ; car l'épouse coupable désireuse de rompre le mariage pour en contracter un nouveau, plus en harmonie avec ses sentiments actuels, trouvera presque toujours le

moyen de divorcer ; en sorte que, sous couleur d'humanité, cette loi tend, non à diminuer le nombre des victimes, mais à en modifier la désignation ; elle substitue la partie innocente et les enfants légitimes à la partie coupable et à sa descendance ; celle-là verra son ménage brisé pour que celle-ci puisse prendre sa place ; les enfants légitimes perdront leur père, car ils ne garderont le plus souvent que peu de relations avec lui, s'ils sont confiés à leur mère divorcée ; les enfants adultérins, au contraire, entreront dans une famille et seront grandis de tout ce dont les autres ont été abaissés. Polyandrie normale, polygamie possible, tel est pour les adversaires de la réforme, le bilan de la loi de 1907. Le désir louable mais impuissant de M. Chaumié d'éviter un tel résultat n'a été qu'illusoirement satisfait ; la polygamie de l'homme comme celle de la femme est dans la place et tout laisse croire qu'elle y acquerra droit de cité.

Nous ne contesterons pas la valeur de ces arguments, il est certain qu'un très grave changement des principes traditionnels se prépare, changement auquel ne peuvent se plier les esprits inflexibles et attachés avant tout à la stabilité des institutions. Nous verrons plus loin, en essayant de découvrir les motifs réels de réforme du système français, que ces changements s'imposent parce qu'ils sont corrélatifs de certains changements survenus dans la mentalité collective ; mais ici déjà nous pouvons répondre à ces

appréhensions des conservateurs par quelques arguments tirés de l'examen des faits. Les hypothèses que nous avons étudiées et qui ont pu motiver des craintes de scandale, de rupture de mariage, de désunion familiale, sont heureusement trop rares pour que leur répercussion se fasse sentir sur l'ensemble des familles. La mentalité collective dont nous parlions plus haut n'est pas ébranlée par les faits isolés qui lui sont contraires ; elle est constituée par les actes et les événements quotidiens, par les faits les plus fréquents ; la mentalité sociale est une habitude collective, et comme toutes les habitudes, ne se perd pas par une influence contraire, on peut même croire qu'elle se maintient par réaction contre cette influence et prend mieux conscience de son activité. Les traditionnalistes et les défenseurs de la monogamie absolue devraient donc plutôt féliciter le Sénat de son œuvre tout en en reconnaissant les imperfections, car si elle n'est pas une œuvre de jurisconsultes, elle est, du moins, l'œuvre d'hommes soucieux avant tout de ne point se lancer dans les nouveautés dangereuses.

La prudence du Sénat, dans la réforme de 1907, nous paraît donc certaine ; nous la retrouverons d'ailleurs dans la proposition Maxime Lecomte qui corrigera ce que la loi hâtive de 1907 avait de trop grossièrement défectueux, tout en en conservant l'esprit. Aussi les partisans de la réforme lui reprochent-ils cet excès de réserve et déclarent-ils inacceptable

l'interdiction de principe opposée à la légitimation de tous les enfants adultérins. Ils ont accepté le texte du Sénat comme un pis-aller provisoire destiné à disparaître.

Pour appuyer leurs exigences, ils ne cherchent point de preuves philosophiques ; ils se contentent de constater le nombre des cas véritablement intéressants qui se présentent dans la classe ouvrière ; le père a quitté le domicile conjugal ; la mère s'est mise en ménage avec le premier venu ; des enfants sont nés de ce concubinage ; ou inversement, la mère a disparu ; le père prend une femme quelconque et des enfants surviennent. Que faire de cette progéniture ? La rejeter de toute famille, sous prétexte d'adultérité ? Faire qu'après le mariage possible des auteurs naturels, ces enfants restent adultérins, tandis que les suivants seront légitimes ? Jamais le peuple ne le comprendra ni ne l'admettra ; il proteste violemment contre les déchéances imméritées et l'opinion publique est emportée. Aussi les pouvoirs administratifs et judiciaires s'entendent-ils pour trouver un moyen d'éluder l'interdiction légale ; ils ferment les yeux ; les secrétaires de mairies négligent volontairement de contrôler les reconnaissances ; il enregistrent ainsi des reconnaissances adultérines qui procurent à l'enfant une légitimation de fait qui vaudra une légitimation de droit, s'il n'y a point de protestation. C'est d'ailleurs la procédure que conseillent

les procureurs et les substituts aux parties qui viennent leur demander conseil. Rien à notre avis ne saurait être plus significatif. La façon dont on applique les lois constitue le meilleur baromètre de l'opinion. Les lois vétustes sont abrogées en fait avant de l'être en droit et nous pensons qu'une refonte générale du Code, en matière de filiation, est devenue nécessaire et par conséquent qu'elle se réalisera.

Nous allons voir, dans le chapitre suivant, la poursuite de cette réalisation à travers plusieurs propositions de loi qui ont été votées ou simplement déposées depuis la loi du 7 novembre 1907.

CHAPITRE V

Nouvelles propositions de loi **Proposition Violette et Steeg à la Chambre** **des députés** **Proposition Maxime Lecomte au Sénat**

64. — Depuis la loi du 7 novembre 1907, l'activité législative en matière de filiation ne s'est point interrompue, ce qui prouve que le *statu quo* ne satisfait personne.

En dehors des propositions déposées par MM. Violette et Steeg à la Chambre des députés, par M. Maxime Lecomte au Sénat, sur la légitimation des enfants adultérins, plusieurs autres ont été déposées sur des questions connexes à cette question principale ; elles tendent toutes à améliorer la condition des enfants nés hors mariage ainsi que celle de leurs auteurs. Nous signalerons la proposition (1) Maurice Violette tendant à l'abrogation des articles 336, 337, 338, 339 du Code pénal relatifs à l'adultère, la propo-

1. Dépôt du rapport, 31 janvier 1910. Discussion Chambre des députés, 11 novembre 1910.

sition Catalogne et Cicéron tendant à assurer le secret des légitimations en n'en faisant pas mention dans les extraits des actes de mariage, la proposition Merle permettant la légitimation des enfants reconnus après le mariage de leurs auteurs, la proposition Rivet (1) relative à l'abrogation de l'article 340 du Code civil et autorisant la recherche de la paternité.

Aucune de ces propositions de loi n'a encore abouti, mais leur importance ne saurait échapper. La recherche de la paternité entraîne (malgré la restriction apportée à ce sujet par M. Guillier) la recherche de la paternité adultérine et par conséquent l'abrogation de l'article 335, il est vrai que les législations belge, italienne et portugaise, qui permettent la recherche de la paternité, l'interdisent dans tous les cas où la reconnaissance ne serait pas possible, c'est-à-dire en cas de filiation adultérine ; mais cela ne prouve rien, car nous pensons que la solution adoptée par ces pays ne constitue elle-même qu'une solution transitoire destinée à disparaître quand on s'inquiétera d'être logique, ce que l'on ne saurait bien longtemps éluder.

Quant à la suppression du délit d'adultère, il nous paraît encore plus significatif. Si l'adultère cesse d'être

1. Sénat, 7, 9, 10, 14, 16 juin 1910. Rapport supplémentaire de M. Guillier, 28 juin 1910 ; deuxième délibération Sénat, 27 octobre 1910 ; 10, 11 novembre 1910 ; transmission Chambre des députés, 15 novembre 1910.

tre considéré comme une faute, comme une infraction à une loi sociale, c'est que cette loi sociale disparaît elle-même et que la fidélité conjugale a cessé d'être un impératif absolu. Dans ces conditions, on ne comprendrait pas du tout les déchéances qui viendraient frapper des enfants issus de relations que la loi ne prohibe plus; l'enfant adultérin devient l'égal d'un enfant naturel et doit être traité comme tel.

Nous allons maintenant examiner les deux nouvelles propositions de loi déposées à la Chambre des députés et du Sénat, en insistant surtout sur la dernière, la plus intéressante, parce qu'elle a le plus de chance de devenir la loi de demain.

**I. — Proposition Violette et Steeg
à la Chambre des députés.**

Peu de jours après l'échec devant le Sénat de leur première proposition de loi votée par la Chambre, MM. Violette et Steeg, forts du mouvement d'opinion qui avait abouti au commencement de réforme réalisé par la loi du 7 novembre 1907, reprirent leur proposition primitive, déposèrent un rapport et le défendirent devant la Chambre qui le vota le 5 juin 1908 (par 375 voix contre 101).

Les arguments invoqués par le rapporteur consistent dans la reproduction des critiques que nous

avons précédemment exposées; nous reproduirons les suivantes qui semblent avoir particulièrement impressionné l'assemblée.

« 1° — ... Mais on peut faire encore au texte du Sénat d'autres critiques très graves :

Voici une hypothèse sur laquelle j'ai été consulté plusieurs fois; elle est assez fréquente. Une instance en séparation de corps est introduite; elle est suivie de l'ordonnance de l'article 878, mais le demandeur satisfait d'avoir recouvré sa liberté, ne suit pas cette ordonnance; puis au bout d'un certain temps, il introduit une nouvelle procédure en séparation de corps ou de divorce, donc, nouvelle ordonnance de l'article 878. Cette procédure se termine par la mort de l'un des époux. L'enfant qui est né plus de 300 jours après la première ordonnance peut-il être légitimé? C'est une question particulièrement grave; elle se pose fréquemment; je le répète, trois ou quatre cas analogues m'ont été soumis. Cependant le texte du Sénat ne le résout pas. Est-ce dans l'espèce la première ordonnance qui comptera ou la seconde? Il semble que ce doive être la première...

2° — ... Je veux parler du cas de désaveu. L'hypothèse paraissait aller toute seule; mais il me sera permis de dire que l'honorable M. Chaumié a eu la plume légère; n'envisageant que le mari, il a écrit dans son texte : « En cas de désaveu par le mari... Pourtant il y a aussi le cas de l'article 317, le désa-

veu par les héritiers. Dans cette dernière hypothèse, la légitimation par mariage subséquent sera-t-elle admise ? » (Deux cas de jurisprudence affirmative.)

Ce nouveau texte de la proposition de loi Voilette que nous connaissons déjà ne comporte pas de longs commentaires. Il admet la légitimation après reconnaissance préalable, de tous les enfants adultérins, sans exception ; il réalise donc la réforme dans toute son ampleur et assimile, au point de vue de la légitimation, les adultérins aux naturels simples.

II. — Contre-proposition **Maxime Lecomte** au Sénat.

La solution si énergiquement défendue par M. Voilette était logique mais radicale. Ayant été repoussée une première fois par le Sénat, sur les instances de M. Chaumié, on pouvait présumer que, cette fois encore, elle ne serait point admise sans restrictions. Cependant les critiques soulevées par la rédaction par trop défectueuse de la loi du 7 novembre 1907, rendaient nécessaire une importante retouche de cette loi dans le sens le plus favorable aux enfants adultérins. M. Maxime Lecomte fut chargé par la Commission compétente de rechercher les amendements possibles et compatibles avec l'esprit conservateur qui avait inspiré la première réforme. Le rapport qui en est résulté, vient d'être déposé sur le bureau du Sénat (séance du 21 décembre 1911) ; il

contient une autre (1) proposition de loi que nous allons analyser et dont quelques dispositions présentent une réelle innovation.

Nous y trouvons d'abord la consécration de quelques principes entrevus par la loi de 1907, mais non expressément formulés, ce qui ne pouvait que rendre incertaines les décisions de jurisprudence, et ce qui donnait lieu à une véritable violation de la loi quand ces principes, comme nous l'avons vu, se trouvaient en contradiction avec certains articles du Code.

Tout d'abord, nous constaterons que le désaveu est devenu péremptoire dans tous les cas où nous pensions qu'il continuait à être subordonné à l'action du mari ; il est acquis de plein droit toutes les fois que l'enfant aura été légitimé par un nouveau mariage de sa mère ; l'intervention du père devient ainsi inutile et cela résulte d'une addition à l'article 313 à propos duquel nous avons rencontré de sérieuses difficultés.

De même, l'enfant né plus de 180 jours après la dissolution du mariage ne pourra plus se prétendre légitime du premier mari, s'il a été légitimé, par un second mariage de sa mère. Quant à l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage, il ne pourra jamais prétendre à la légitimité, il sera considéré comme naturel simple.

1. *Journal officiel*. Débats parlementaires. Sénat. Annexe, n° 356.

Les délais de l'article 331 (nouveau) ont été modifiés ; ils ont été réduits de 300 à 180 jours ; c'est-à-dire que l'enfant né 180 jours seulement après l'ordonnance du président du tribunal sera tenu pour adultérin, si son père ou sa mère se remarie et le légitime ; l'évolution de la loi apparaît clairement ; il ne s'agit plus maintenant d'attribuer à un enfant une légitimité quelconque (celle du premier mari par exemple) mais bien de lui attribuer la légitimité la plus vraisemblable, la plus réelle, et il faut reconnaître que la paternité du second mari est celle qui offre le plus de garanties puisqu'à la possibilité résultant de la date de la conception s'ajoute la preuve tirée de la reconnaissance du père naturel. Ici encore le désaveu du mari existera de plein droit ou plutôt les formalités de la légitimation vaudront désaveu. La règle *pater is est* subit de ce fait une nouvelle atteinte au profit de la réalité des filiations.

A l'égard de l'enfant adultérin de la mère et déclaré de parents inconnus, la règle *pater is est* subit une nouvelle atteinte. Cet enfant sera désavoué de plein droit si la légitimité n'est pas établie dans les dix mois qui suivront la dissolution du mariage et cela à la requête du mari, de la mère ou des héritiers. Ce qui permettra de légitimer un enfant adultérin de la mère, conçu pendant le mariage et non désavoué par le mari.

Répondant à une objection d'insuffisance faite à la

loi de 1907, M. Maxime Lecomte a pensé que l'on devait admettre la légitimation dans deux cas nouveaux :

1° Les enfants adultérins qui n'auraient pas été reconnus préalablement au mariage peuvent être légitimés par une reconnaissance postérieure mais en vertu d'un jugement constatant la sincérité de la reconnaissance et la possession d'état d'enfant commun.

2° Les enfants adultérins de père, nés au cours du mariage pourront être légitimés quand il n'y aura pas d'enfants du précédent mariage ou quand ces enfants, devenus majeurs, déclareront ne pas s'opposer à la légitimation. Cette innovation curieuse a pour but de respecter les intérêts pécuniaires des enfants du premier lit ; malheureusement la condition de majorité que l'on exige en rendra l'application difficile. M. Maxime Lecomte cite, à l'appui de sa proposition, les vœux de nombreux intéressés dont les enfants eux-mêmes réclament la légitimation d'un frère adultérin de leur père ou de leur mère.

« ... Mais si la famille légitime demande elle-même la légitimation, si elle y adhère, si elle veut, jugeant que ce sont là ses intérêts moraux et même pécuniaires, constituer une unité des plus désirables, la loi doit-elle s'opposer à un résultat qui obtient le concours des volontés de tous les intéressés ?

Ce serait là une concession nouvelle et nous pen-

sons qu'il est possible d'aller jusque-là. Mais nous y mettons cette restriction que la décision puisse être prise en pleine connaissance de cause par les intéressés, majeurs et maîtres de leurs droits. La majorité de votre Commission n'a pas cru qu'il fût possible de demander une pareille adhésion à un conseil de famille et à un tuteur *ad hoc* engageant des mineurs ou des interdits.

Il apparaît que les cas où la famille légitime désirerait elle-même la légitimation sont plus fréquents qu'on ne pourrait le penser. De nombreux exemples nous ont été proposés.

Une femme m'écrit pour me mettre au courant du roman de sa vie.

« Me voilà, dit-elle, avec un enfant que son père ne pourra reconnaître, puisqu'il a deux enfants légitimes. J'ai été abandonnée par ma famille. Quel est mon avenir, à moi, qui ai subi un entraînement, mais qui me suis absolument consacrée à cette liaison et à l'enfant qui en a été le fruit. Combien de malheureuses sont dans cette situation, sans être plus coupables ? J'ai mûrement réfléchi à votre proposition que je reconnais d'ailleurs en tout point fondée et je comprends bien qu'on ne fait pas les lois pour les cas individuels. Mais ne pourrait-on faire une exception au profit de ceux qui n'ont qu'une faute à se reprocher, et lorsque l'oubli de cette faute est sollicité

par les enfants du premier mariage les seuls qui auraient intérêt à s'en prévaloir ? »

Un correspondant résume ainsi sa situation et en même temps la principale objection qu'on peut faire à l'interdiction de la légitimation :

« J'ai deux fils aînés légitimes d'un premier mariage, une fille adultérine, que, d'après vous, je ne puis légitimer ; un fils légitime né après mon mariage avec la mère de ma fille. Les deux aînés sont confiés à ma garde, les quatre enfants sont élevés ensemble et s'adorent. Où est la justice et la moralité de votre loi ?... »

Il résulte donc de cet exposé que le principe directeur suivi par le Sénat en 1907 est encore respecté dans le nouveau projet ; les enfants adultérins du père ne pourront être légitimés et il est même curieux de constater que le nouveau texte rétablit le membre de phrase : « ...autre que ceux nés d'un commerce adultérin », qu'avait supprimé la loi de 1907 et ce rétablissement a la valeur d'une affirmation solennelle de respect de l'esprit du Code civil. Quelles raisons invoque-t-on pour justifier une telle résistance ? Aucune raison nouvelle, le maintien de la famille et du mariage monogame ; pour en donner une idée juste nous reproduisons un passage du rapport qui nous paraît caractéristique à cet égard :

« C'est uniquement une question de haute moralité qu'on qualifiera, si l'on veut, de préjugé social, qui

nous paraît imposer la restriction que nous proposons. Ce n'est pas uniquement, comme on l'a prétendu, la préoccupation de ne pas laisser porter atteinte aux intérêts pécuniaires des enfants légitimes. A ce compte et pour sauvegarder ces intérêts, il faudrait interdire comme le faisait d'ailleurs l'article 298, pour d'autres raisons, aux complices d'adultère de se marier. Depuis l'abrogation de cet article, ils peuvent le faire, ils peuvent fonder une nouvelle famille légitime.

De notre système résulte que des enfants sont sacrifiés et sont de véritables parias ; que l'unité manquera dans certaines familles, où se trouveront des enfants légitimes d'un premier lit, des enfants qu'il n'est pas possible de légitimer, et des enfants légitimes provenant d'une nouvelle union.

Ces désastreuses conséquences sont celles d'une faute commise et que l'on ne peut amnistier complètement sans dire que la faute n'existe pas, qu'elle est abolie, parce qu'elle aurait porté contre une institution elle-même abolie, le mariage avec ses droits et ses devoirs.

Il y aura encore des innocents frappés et ce n'est pas cette considération qui arrêtera les coupables. C'est vrai. Mais c'est la consécration indispensable du mariage tel qu'il existe, qu'il faut maintenir dans ses conditions nécessaires ou qu'il faut franchement abandonner.

Nous pouvons dire actuellement *delicta majorum*

immeritus lues. Le caprice et le manquement à la foi jurée n'ont généralement pas comme fruits naturels la justice et le bonheur. Combien, en dehors du grave problème qui nous occupe, de tares physiques et morales et d'injustes fatalités viennent accabler des innocents ! »

L'esprit du Sénat est donc demeuré invariable, et la prohibition du Code subsiste en principe. Une catégorie d'enfants adultérins restera privée du bénéfice de la légitimation car, selon toute vraisemblance, la proposition présentée par M. Maxime Lecomte sera votée par le Sénat et ratifiée par la Chambre.

Voici le texte de cette nouvelle proposition de loi :

Proposition de loi

Article premier. — Les articles 313, 315, 316 et 331 du Code civil sont modifiés, ainsi qu'il suit :

Il est ajouté au second paragraphe de l'article 313 la disposition suivante :

« Toutefois cet enfant sera tenu pour désavoué, s'il a été légitimé par un nouveau mariage de la mère »

Art. 315. — « L'enfant né 180 jours au plus après la dissolution du mariage de sa mère et légitimé par un nouveau mariage de celle-ci ne pourra ensuite invoquer la disposition du premier alinéa de l'article 312 pour se prétendre conçu des œuvres du précédent mari.

« La disposition du premier alinéa de l'article 312 ne peut être invoquée en faveur de l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage de sa mère.

« Il est ajouté à l'article 316 la disposition suivante :
« Sera tenu pour désavoué l'enfant dont la filiation légitime, ne résultant pas de son acte de naissance, n'aura pas été établie, soit à la requête du mari ou de ses héritiers, s'ils se trouvent dans le cas prévu par l'article 317, soit contradictoirement avec le mari ou ses héritiers à la requête de la mère, dans les dix mois qui suivront la dissolution du mariage. »

Art. 331, § 1^{er} — Les enfants nés hors mariage autres que ceux nés d'un commerce adultérin, sont légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les ont légalement reconnus avant leur mariage ou qu'ils les reconnaissent au moment de sa célébration. Dans ce dernier cas, l'officier de l'état civil qui procède au mariage constate la reconnaissance et la légitimation dans un acte séparé.

§ 2. — Lorsqu'un enfant naturel aura été reconnu par ses père et mère ou par l'un d'eux postérieurement à leur mariage, cette reconnaissance n'emportera légitimation qu'en vertu d'un jugement rendu en audience publique, après enquête et débat en chambre du conseil lequel jugement devra constater que l'enfant a eu, depuis la célébration du mariage, la possession d'état d'enfant commun.

§ 3. — Les enfants adultérins sont légitimés, dans les cas suivants, par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les reconnaissent au moment de la célébration du mariage dans les formes déterminées par le premier paragraphe du présent article :

1° Les enfants nés du commerce adultérin de la mère lorsqu'ils sont désavoués ou tenus pour désavoués, par le mari ou ses héritiers.

2° Les enfants nés du commerce adultérin du père ou de la mère, lorsqu'ils sont réputés conçus, d'après les présomptions établies par les articles 312 et 313 à une époque où le père ou la mère avait un domicile distinct en vertu de l'ordonnance rendue conformément à l'article 878 du Code de Procédure civile, sauf en cas de réconciliation judiciairement constatée ;

3° Les enfants nés du commerce adultérin du mari, dans tous les autres cas, s'il n'existe pas au moment du mariage subséquent, d'enfants ou des descendants légitimes issus du mariage au cours duquel l'enfant adultérin est né ou a été conçu. Même au cas où existeraient des descendants légitimes, la légitimation pourra avoir lieu s'ils sont majeurs, non interdits ou bien émancipés, et s'ils déclarent par acte authentique ne pas s'opposer à la légitimation.

§ 4. — Toute légitimation sera mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé.

Cette mention sera faite à la diligence de l'officier

de l'état civil qui aura procédé au mariage, s'il a connaissance de l'existence des enfants, sinon à la diligence de tout intéressé.

Art. 2. — La loi du 7 novembre 1907 est abrogée.

Art. 3. — La présente loi est applicable à l'Algérie ainsi qu'aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion.

Dispositions transitoires

§ 1^{er}. — Pour les mariages antérieurs à la promulgation de la présente loi, il ne sera plus délivré d'expédition commune de l'acte de légitimation et de l'acte de célébration du mariage que dans les conditions déterminées par l'article 57 du Code civil.

§ 2. — Les enfants adultérins se trouvant dans les conditions prévues par les dispositions qui précèdent et dont les père et mère auront contracté mariage avant la promulgation de la présente loi pourront être, de la part de ceux-ci, dans le délai de deux ans à partir de cette promulgation, l'objet d'une reconnaissance qui emportera légitimation dans les conditions prévues par la présente loi.

CHAPITRE VI

Législation comparée.

65. — Le sort des enfants illégitimes présente dans les différents pays une telle variété qu'on sent à quel point il est partout le résultat de coutumes locales et contingentes et ne repose nulle part sur des considérations d'ordre rationnel. Dans le rapide exposé qui va suivre, nous adopterons une division déjà suivie et nous répartirons les pays en trois groupes :

1° Les pays qui n'admettent pas de légitimation des enfants adultérins ;

2° Les pays qui admettent la légitimation des enfants incestueux, mais non celle des adultérins ;

3° Les pays qui admettent la légitimation des enfants adultérins.

Dans ce dernier groupe, le plus intéressant à notre avis, nous consacrerons une plus longue étude à la nouvelle législation allemande qui nous a paru, la première, donner à notre problème une solution vraiment scientifique.

1° Pays qui n'admettent pas la légitimation.

Les pays qui n'admettent pas la légitimation soit de tous les enfants illégitimes, soit seulement des adultérins ou des incestueux sont :

L'Angleterre ;

L'Italie ;

Le Portugal ;

L'Espagne ;

La Belgique.

ANGLETERRE

L'Angleterre est un des rares pays qui n'admettent la légitimation par mariage subséquent d'aucun enfant naturel (1), ce qui peut paraître surprenant dans un pays où le mariage des auteurs de l'enfant est presque considéré comme obligatoire. Cette règle remonte au règne d'Élisabeth et, si l'on en croit Stephen, la raison principale de cette rigueur consiste dans la volonté de ne point encourager les unions illicites ; aussi considère-t-on comme légitime tout enfant né dans le mariage même si la conception se place bien antérieurement à la célébration.

1. Lehr. *Éléments de droit civil anglais*, n° 187, 188 ; Stephen. *Commentaires ou the laws of England*, liv. III, Chap. 3, I.

Bien que nous soyons partisans de la légitimation, nous ne pouvons nous empêcher de déclarer ce système parfaitement logique et conforme à la nature des choses. Un enfant né bâtard restera bâtard toute sa vie et aucune force humaine ne saurait l'en empêcher ; il y a donc comme un coup de force dans l'intervention du législateur et le point de vue anglais, à cet égard, peut être défendu.

ITALIE

Le Code italien (1865) admet la légitimation des enfants naturels simples par mariage subséquent et par décret du prince.

Les enfants adultérins en sont exclus (art. 194 et 195) comme sous le régime du Code civil français, parce qu'ils ne sauraient être l'objet d'une reconnaissance.

ESPAGNE

Le Code civil espagnol (1888-1889) admet deux modes de légitimation (1).

1° Par mariage subséquent.

Les enfants, pour en bénéficier, doivent avoir été préalablement reconnus par leurs auteurs (art. 121).

1. Lehr. *Éléments de droit civil espagnol*, t. II, p. 104.

Peuvent donc seuls en profiter les enfants naturels simples (*hijos naturales*) c'est-à-dire les enfants nés hors mariage d'un père et d'une mère qui, à l'époque de la conception auraient pu se marier avec ou sans dispense. Les adultérins en sont donc exclus (art. 119).

2° Par rescrit du prince.

Tous les enfants illégitimes, naturels simples, adultérins, incestueux, peuvent en bénéficier ; mais elle n'est accordée que dans certaines conditions. Il faut que la légitimation soit demandée par les parents ou tout au moins par l'un d'eux, qu'il n'existe pas d'autres enfants légitimes, légitimés ou descendants de ceux-ci et enfin que la légitimation par mariage subséquent soit impossible.

PORTUGAL (1)

Le Code portugais (1867) n'admet que la légitimation par mariage subséquent et comme elle est subordonnée à une reconnaissance préalable interdite au profit des enfants adultérins (art. 119 et 122), ces derniers ne peuvent jamais être légitimés. Ils ne le peuvent même pas dans le cas où, conformément à l'article 130 (cas de viol ou de rapt), ils auraient été

1. Laneyrie et Dubois. *Code civil portugais*, 1896.

admis à la recherche de la paternité adultérine ou incestueuse.

BELGIQUE

La Belgique est régie par le Code civil français antérieur à la loi du 7 novembre 1907.

A noter seulement qu'un arrêté du 5 février 1817 autorisait la légitimation des enfants incestueux dont les parents avaient obtenu la dispense nécessaire à leur mariage.

II. — Pays admettant la légitimation des enfants incestueux et repoussant celle des adultérins.

Ce système intermédiaire a été adopté par la Russie et les Pays-Bas.

RUSSIE

I. — Russie proprement dite

Jusqu'en 1891, aucune légitimation n'était possible par mariage subséquent ; en quelques circonstances exceptionnelles on admettait la légitimation par ukase impérial.

Une loi du 12 mars 1891 a accordé la légitimation par mariage subséquent aux enfants nés hors ma-

riage autres que ceux nés d'un commerce adultérin ; elle peut même être accordée après enquête au cours du mariage. De telle sorte que les enfants incestueux peuvent en obtenir le bénéfice.

II. — Pologne

Il n'en est pas de même en Pologne où les incestueux et les adultérins sont également exclus de la légitimation, d'après une législation qui remonte à 1825.

PAYS-BAS

Le Code civil hollandais (art. 327) dispose que « les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce adultérin ou incestueux seront légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration ».

Mais l'article 328, apporte le correctif suivant : « Les enfants nés de personnes entre lesquelles le mariage ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une dispense du roi, ne seront légitimés que s'ils ont été reconnus dans l'acte même de célébration. »

Il en résulte que, par dispense royale, les incestueux peuvent être légitimés. Quant aux adultérins,

ils ne le peuvent pas pour deux raisons, d'abord parce que l'article 328 ne leur est pas applicable et ensuite parce que le mariage entre l'épouse adultère et son complice est formellement interdit (art. 89).

Ajoutons que pour les enfants naturels simples, la légitimation peut avoir lieu par des lettres de légitimation accordées par le roi après avis de la Haute Cour (art. 319).

Il en est de même en cas de décès de l'un des parents (art. 330).

III. — Pays qui admettent la légitimation de tous les enfants illégitimes (naturels simples, adultérins et incestueux).

Ce sont :

L'Autriche ;
La Suède ;
La Norvège ;
Le Danemark ;
La Roumanie ;
La Suisse ;
L'Allemagne ;

AUTRICHE

Le Code civil autrichien (1^{er} janvier 1812) admet trois modes de légitimation (1).

1. Code civil autrichien. Traduction de Clercq.

1° Par la main levée des empêchements au mariage et la bonne foi des époux ;

2° Par le mariage subséquent des père et mère.

3° Par rescrit du prince. (Art. 160-161.)

Les enfants adultérins profiteront donc de ces dispositions comme les autres, mais nous devons remarquer une disposition propre au Code autrichien.

« Les enfants nés hors mariage et entrés dans la famille par le mariage subséquent de leurs père et mère, ne peuvent prétendre aux biens qui, en vertu de règlements de famille, sont réservés aux descendants légitimes et ils ne peuvent contester aux enfants légitimes la qualité de premiers nés ni autres droits acquis. » (Art. 160-161.)

Cette disposition se justifie pleinement, à notre avis ; mais elle ne saurait prévaloir dans un pays, comme la France, qui pose le principe de l'égalité entre tous les copartageants.

SUÈDE (1)

La Suède assimile aux enfants naturels simples l'enfant d'un homme marié et d'une femme libre. S'il est issu d'un viol, il a les droits d'un enfant légitime quand sa mère consent à l'élever.

Depuis l'époque la plus reculée, les enfants nés à la

1. Lehr. *Éléments de droit civil scandinave*, II, p. 42-47.

suite des fiançailles sont considérés comme légitimes (Brantkinder).

DANEMARK. NORVÈGE

La légitimation par mariage subséquent légitime tous les enfants ; par conséquent, les enfants adultérins.

La légitimation par déclaration du père, valable pour les naturels simples est refusée au Danemark et en Norvège aux adultérins, en Norvège aux incestueux.

ROUMANIE (1)

Le Code civil roumain du 4 décembre 1884 ressemble au nouveau Code allemand ; tous les enfants illégitimes y peuvent bénéficier de la légitimation.

SUISSE

L'article 54 de la Constitution fédérale de 1874 portait déjà que tous les enfants illégitimes seraient légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs. Le nouveau Code fédéral du 10 décembre 1907 (art. 258) ne fait que reproduire cette disposition,

1. Demètré, *Droit ancien et moderne de la Roumanie* (art. 304, 677).

les enfants adultérins en profitent donc ; mais, en revanche, ils ne sauraient profiter d'une légitimation par autorité de justice (art. 260) accordée aux enfants de ceux qui, étant libres, se sont promis mariage et n'ont pu le réaliser par suite du décès de l'un deux.

ALLEMAGNE

Le Code civil allemand ne reconnaît que deux classes d'enfants : les légitimes et les naturels simples.

Est naturel simple :

1° L'enfant né de relations de deux personnes qui n'étaient pas mariées à l'époque de sa conception ;

2° L'enfant né dans le mariage mais désavoué par le mari dans le délai d'un an (art. 1593-1598).

3° L'enfant né après le 302^e jour qui suit la dissolution du mariage.

I. — Rapport juridiques entre la mère et l'enfant naturel

En principe, l'enfant naturel se rattache à sa mère et à la famille de celle-ci ; il a donc une famille et cette disposition n'a point été une innovation du Code de 1900 mais la consécration de vieilles coutumes allemandes, en usage dans l'Allemagne du Nord et particulièrement dans le royaume de Prusse « Kein

Kind ist seiner Mutter Kebskiand » dit un adage germanique et ce principe qui domine toute notre matière servira à résoudre les principaux problèmes qui font difficulté chez nous.

Le législateur de 1900 a indiqué les raisons qui l'ont déterminé dans un exposé des motifs de tous points remarquable et que l'on devra consulter pour connaître l'esprit de la législation allemande :

« L'enfant, dit-il, est confié par la nature au dévouement et à la tendresse de la mère; le père, au contraire, est moins attaché en dehors du mariage à sa descendance. Le même lien du sang unit non seulement l'enfant à sa mère, mais encore à la famille maternelle dont il partage souvent la vie domestique. Il appartient au législateur d'ériger cet état de fait en état de droit, car l'intérêt de l'enfant et de la société exige que ce dernier ne soit point séparé de ses parents maternels. En effet, la mère vient-elle à mourir prématurément ou ne remplit-elle qu'imparfaitement ses devoirs, l'existence de l'enfant, n'est pas de ce fait compromise car il retrouvera auprès de ses grands-parents les soins dont il a besoin... On ne doit pas oublier d'un autre côté, qu'il y a une corrélation étroite entre l'abandon de l'enfant et sa future démoralisation et qu'il est du devoir du législateur d'arrêter les progrès de la criminalité de plus en plus menaçants pour l'ordre social. Pour respecter enfin la sainteté du mariage et sa haute significa-

tion, la loi n'établit aucun rapport juridique entre l'enfant illégitime, le père et la famille paternelle. »

L'esprit de ce passage est un esprit de profonde sagesse; toutes les dispositions particulières que nous allons examiner brièvement en procèdent logiquement.

Le lien de parenté qui existe entre la mère et l'enfant suppose, de la part de celui-ci, la possibilité d'une action en recherche de maternité, en cas d'abandon; cette action sera toujours possible et la plupart du temps, l'enfant n'aura qu'à fournir son acte de naissance qui, aux termes de la loi d'empire du 6 février 1875, doit contenir le nom de la mère. Quant à l'identité, elle sera établie par tous les modes de preuves possibles.

Examinons les divers points à propos desquels se manifeste le principe général que nous venons d'exposer.

1° *Domicile et nationalité.* — L'enfant naturel a le domicile de sa mère, c'est-à-dire celui de l'époque de la délivrance et cette détermination est d'autant plus importante qu'elle sert à fixer le tribunal compétent pour l'organisation de la tutelle.

L'enfant naturel prend la nationalité de sa mère, mais il n'en change point lorsque celle-ci vient à en changer.

2° *Nom.* — La diversité qui régnait sur ce point en Allemagne avant la promulgation du nouveau Code

a disparu. L'enfant naturel prendra le nom de sa mère. Quand celle-ci se mariera, il pourra prendre le nom du mari, si ce dernier y consent.

3° *Obligation alimentaire.* — L'obligation alimentaire existe entre la mère, les parents de la mère et l'enfant. Mais l'obligation du père naturel passe ici avant celle de la mère et en fait, la mère ne se trouve pas tenue envers son enfant de moins de 16 ans, âge auquel cesse pour le père naturel l'obligation d'entretenir l'enfant.

L'obligation de la mère et des parents de celle-ci reprend sa force dans divers cas, par exemple quand le père a disparu, quand la demande a été paralysée par *l'exception plurium constupratorum*, etc.

4° *Droits de la mère.* — Le Code allemand a cru devoir priver la mère de droit de jouissance sur les biens qui pourraient appartenir à l'enfant. Elle n'a pas non plus la puissance paternelle.

Mais il lui conserve le droit de diriger l'éducation de l'enfant, de lui choisir une religion et une carrière, elle donne son consentement au mariage de l'enfant mineur. La fille illégitime, comme la légitime, peut exiger de sa mère un trousseau (art. 1620-1623).

5° *Succession.* — L'enfant naturel jouit au point de vue successoral et à l'égard de sa mère des mêmes droits qu'un enfant légitime.

La mère hérite de son enfant si celui-ci meurt sans

laisser de descendants, s'il est une femme, de descendants légitimes s'il est un homme.

II. — Rapports juridiques entre l'enfant naturel et le père

Il n'y a pas de parenté civile entre le père et l'enfant naturel, mais l'enfant naturel est autorisé à rechercher son père pour obtenir de lui une pension alimentaire. Pour les auteurs de l'exposé des motifs, le fait du rapprochement sexuel est toujours susceptible en lui-même de démonstration directe ; quant à la fidélité, il suffit de la présumer et d'en admettre la dénégalation.

C'est sur un rapport de parenté naturelle que l'on fait reposer ce droit de l'enfant.

L'enfant naturel (naturel simple, incestueux ou adultérin) peut donc toujours rechercher son père et exiger de lui une pension alimentaire. La preuve de paternité résultera de la cohabitation du défendeur avec sa mère à l'époque légale de la conception. Mais à ce propos se présentent quelques particularités.

1° *Exceptio plurium concumbentium*. — Si pendant la période de conception, la mère a eu des relations avec un autre que le défendeur, l'action de l'enfant est paralysée et son prétendu père n'est tenu d'aucune obligation envers lui.

2° *Reconnaissance de paternité*. — Le père peut

reconnaître son enfant ; mais cette reconnaissance ne crée pas comme en France un lien de parenté civile ; elle est considérée comme une renonciation à l'*exceptio plurium concubentium*.

Il est à remarquer qu'aux yeux des jurisconsultes allemands, la reconnaissance française est considérée comme illogique et contraire aux bonnes mœurs ; illogique parce que, pour eux, elle ne peut servir que de préliminaire à la légitimation et que pour ce cas, ils ont la déclaration de légitimité (*Ehelichkeitserklärung*), contraire aux mœurs parce qu'elle pousse à l'union libre et rend le mariage superflu.

3° *A qui appartient l'action.* — L'action appartient à l'enfant ou à son représentant légal (qui n'est pas habituellement la mère).

4° *Le père est tenu de fournir de saliments à l'enfant jusqu'à sa seizième année* (Art. 1708). — Cette obligation n'est nullement réciproque.

Le père est tenu en première ligne. Mais, en cas d'indigence, les parents maternels sont tenus à sa place sans que son obligation s'éteigne.

5° *Transaction sur l'obligation alimentaire.* — Le père peut, en donnant une somme d'argent, être déchargé de l'obligation alimentaire. Cette transaction est débattue devant le tribunal des tutelles.

6° *Prescription.* — L'action en recherche de paternité est imprescriptible, mais il en est différemment

du droit de réclamer les trimestres échus et non payés qui se prescrit par quatre ans.

III. — Légitimation

En Allemagne comme dans les autres pays, la légitimation élève un enfant de la qualité de naturel à celle de légitime.

Le Code allemand reconnaît deux modes de légitimation :

1° La légitimation par mariage subséquent ;

2° La légitimation par déclaration de légitimité ;

1° La première est celle du droit français et l'on est amené à penser que tous les enfants naturels (naturels simples, incestueux, adultérins) sont appelés à en bénéficier. Il n'en est rien parce que le mariage entre la mère ou le père et le complice d'adultère est interdit (art. 1310). Cependant si un mariage est conclu en dépit de la prohibition, les enfants seront légitimés, bien que ce mariage soit nul (art. 1327 à 1329) à la condition toutefois que l'un des époux ait été de bonne foi lors de sa célébration (art. 1721).

Il en sera de même et la légitimation sera acquise à l'enfant toutes les fois que l'époux divorcé aura pu légalement épouser son complice, c'est-à-dire quand le délit d'adultère n'aura pas été la cause du divorce et quand le nom du complice n'aura pas été mentionné dans le jugement.

La reconnaissance préalable à la légitimation n'est point nécessaire, mais néanmoins la paternité du mari de la mère est exigée et cette paternité peut résulter d'une cohabitation à l'époque de la conception.

Les enfants nés dans le mariage naissent légitimes et non légitimés.

2° La légitimation par déclaration de légitimité ou par rescrit de l'État est une institution qui peut avoir ses origines dans le droit romain mais dont la physiologie actuelle est propre au droit germanique.

Elle offre cette particularité qu'elle est pour ainsi dire unilatérale ; le père, en présentant sa demande à l'autorité compétente, peut faire déclarer légitime l'enfant qu'il a eu d'une concubine, sans mariage subséquent ; il peut le faire non seulement quand un motif grave tel que l'inconduite notoire de la concubine s'oppose au mariage, mais encore quand il a contracté mariage avec une autre femme que la mère de l'enfant.

Cette légitimation qui crée un véritable lien de parenté entre le père et l'enfant naturel, contrairement aux principes généraux du droit allemand, correspond à notre reconnaissance, mais à une reconnaissance qui donnerait à l'enfant les droits de l'enfant légitime et qui serait subordonnée à l'autorisation des tribunaux. En outre, quand le père est marié, et à cause du dommage causé à l'épouse et aux enfants du mariage, il ne pourra obtenir cette déclaration de légitimité qu'avec le consentement de l'épouse et des enfants.

Cette dernière idée de subordonner la légitimation au consentement des divers intéressés, tend à s'introduire en France. Nous avons vu que la proposition de M. Maxime Lecomte lui donne un commencement de réalisation.

La conclusion de cette brève étude sur la condition des enfants nés hors mariage dans le nouveau Code allemand sera donc que la légitimation des enfants adultérins comme la reconnaissance de leur filiation, y sont admises en principe. Seule une disposition analogue à celle de notre ancien article 298, en interdisant le mariage de l'époux divorcé avec le complice d'adultère, s'oppose assez souvent à la légitimation des adultérins ; mais cette disposition que le législateur allemand considère comme une pénalité et une règle de haute moralité, contrairement à la conception anglo-américaine qui exige le remariage avec le complice, peut disparaître ; et nous ne croyons pas que si une telle éventualité se réalisait, on ait l'idée, en Allemagne, d'interdire la légitimation d'enfants dont les auteurs ont contracté un mariage légitime.

CHAPITRE VII

Condition juridique des enfants incestueux

66. — Nulle part le Code civil n'a défini l'inceste ; il s'est contenté de l'assimiler à l'adultère en interdisant, par les articles 334 et 335 d'en reconnaître ou légitimer les fruits. A quel degré les auteurs d'un enfant doivent-ils être parents pour que leurs relations puissent être qualifiées d'incestueuses, c'est ce qu'il nous faudra d'abord déterminer afin de distinguer les enfants auxquels s'appliquera notre étude.

Le Code pénal ne nous dit rien de l'inceste qui, en France, n'est plus un délit. C'est là, sans doute, une disposition regrettable. Pour éviter le soi-disant scandale d'un procès, on laisse la société désarmée devant un désordre assez fréquent, que ses auteurs peuvent, sans vergogne et sans avoir rien à redouter, ne pas même chercher à dissimuler. Ainsi leur exemple impuni sera un scandale propre à indulgencier des actes profondément anti-sociaux et de nature à ruiner physiologiquement la race.

Dans le silence des textes, il semble qu'il faille

donner au terme « inceste » des articles 334 et 335, le sens que lui attribue le langage usuel, mais ce sens n'est pas non plus bien fixé. Si les relations d'un père et de sa fille, d'une mère et de son fils, d'un frère et d'une sœur sont certainement incestueuses, en est-il de même de celles entre oncle et nièce, tante et neveu, beau-frère et belle-sœur ou inversement ? Les opinions varient sur ce point selon la religion de chacun ou ses principes depuis qu'il n'est plus d'autorité incontestée pour parler au nom de Dieu. Les auteurs du Code civil ne se sont-ils pas expliqués parce qu'ils ont pensé que les frontières de l'inceste variaient forcément avec les mœurs et seraient mieux reconnues par les sentences successives des magistrats que par un texte rigide et écrit *ne varietur* ? Ont-ils cru, au contraire, inutile d'expliquer un mot qui leur semblait très clair et peut-on à l'aide de raisonnements retrouver le sens qu'ils lui avaient donné et qui, dès lors, s'imposerait à nous ? C'est ce qu'il convient de rechercher.

Remarquons d'abord qu'il n'est pas dans l'esprit du Code Napoléon de laisser une grande latitude au juge. Ennemi de l'arbitraire dont l'ancien régime avait montré tous les dangers, il voulait soumettre la société civile à une discipline comparable à celle des camps et prétendait régenter les mœurs au lieu de les suivre. Il est certain que par enfants incestueux le législateur de l'an IV entendait désigner une

catégorie de personnes bien déterminée. Les enfants nés de tante et neveu, d'oncle et nièce, de beau-frère et de belle-sœur, ou inversement, y étaient-ils compris ? Si l'on se reporte aux travaux préparatoires, une phrase de Duveyrier, dans son discours au Corps législatif indiquerait qu'il faut répondre par la négative. « Il n'y a pas inceste civil, a-t-il dit, même dans les degrés prohibés auxquels le gouvernement peut appliquer la dispense. » Et, en effet, n'est-il pas de prime abord bizarre de reconnaître au chef de l'État le droit d'autoriser une union incestueuse ?

L'ancien droit, d'accord avec le droit canonique, admettait plusieurs sortes d'inceste ; seules les relations entre père et fille, mère et fils, étaient considérées comme absolument interdites par Dieu. Les autres sortes d'inceste étaient regardées comme une violation de lois purement humaines, inspirées par l'intérêt social ; de telles défenses pouvaient donc être levées lorsque l'intérêt social ne s'y opposait pas ou même l'exigeait. Telle était la théorie de la dispense de mariage. Le législateur pouvait y joindre un décret de légitimation des enfants nés précédemment, ce décret était toujours uni à la dispense lorsqu'il s'agissait d'une union entre parents assez éloignés et les Parlements finirent par considérer que le mariage légitimait de plein droit en pareil cas.

Mais, si le sacrement n'intervenait pas, si la société ne se relâchait pas, par une exception spéciale,

de sa rigueur, les enfants même nés de cousins au 4^e degré encouraient toutes les déchéances que faisait légalement assumer une naissance incestueuse.

Il semble bien, à lire les travaux préparatoires du Code, qu'on ait voulu consacrer tout d'abord soit le système de Duveyrier, soit un système analogue à celui de l'ancien droit. Le projet primitif communiqué au tribunal portait en effet : « Les enfants nés hors mariage d'un père et d'une mère libres pourront être légitimés » et plus loin : « La reconnaissance des enfants nés d'un commerce libre est autorisée. » La section de législation du tribunal fit remarquer que cette rédaction pouvait être interprétée comme n'excluant pas du bénéfice de la reconnaissance des enfants incestueux, d'autant moins qu'ils étaient déjà assimilés aux enfants naturels simples depuis la loi de brumaire et elle émit le vœu qu'on le leur interdit d'une façon catégorique. Elle se tut sur le fait de la légitimation, ce silence est significatif. On peut l'interpréter dans le sens que seul désormais seraient considérés comme incestueux les enfants dont les parents ne pourraient absolument pas se marier et pour lesquels il était inutile, par conséquent, de parler de légitimation puisque la légitimation ne pouvait avoir lieu que par mariage subséquent et qu'un frère ne pourra jamais épouser sa sœur, ni un père sa fille. Telle sera l'opinion de Duveyrier. On peut dire aussi et cela nous paraît plus vraisemblable parce que, conforme à la

tradition que le tribunal regardait comme incestueuses toutes les relations hors mariage qui n'auraient pu se transformer sans dispense, en mariage mais qu'il considérait, à l'instar des Parlements, que la dispense rétroagissait dans le passé puisque la société, en l'accordant, reconnaissait elle-même ne pas avoir intérêt à défendre les relations dont ces enfants étaient nés.

Le silence du tribunal permet difficilement de croire qu'il ait voulu innover ; dans l'ancien droit français, dans le droit canonique, dans le droit romain, la prohibition de mariage est la sanction de l'inceste, elle en résulte comme un effet de sa cause et puisque le législateur de l'an IV avait l'intention d'interdire les mariages du troisième degré et ceux entre beaux-frères et belles-sœurs, il est à croire qu'il considérait les relations entre ces sortes de parents comme incestueuses.

Ce fut bien l'avis, en tous cas, du rapporteur Bigot de Préameneu. Celui-ci, en effet, ne considérait pas que seuls seraient incestueux les enfants nés de gens inhabiles à contracter dans tous les cas de mariages, puisqu'il jugea bon après avoir corrigé l'article 335 relatif à la reconnaissance selon les observations qui lui avaient été faites, de modifier aussi l'article 331 relatif à la légitimation et d'interdire celle-ci par ce texte formel aux enfants incestueux. Il fit en effet cette réflexion (qui, dans le feu de la discussion, avait pu

échapper à ses collègues) qu'exclure du bénéfice de la reconnaissance l'enfant incestueux, c'était, maintenant que la reconnaissance servait de préface obligatoire à la légitimation, les priver de cette dernière par voie de conséquence et qu'il était préférable de s'exprimer clairement.

C'était évident d'ailleurs du moment qu'on prenait le mot inceste dans son sens le plus large et traditionnel.

Ce texte ainsi retouché passa d'ailleurs sans difficultés et il tranche la question de savoir quels enfants sont désormais incestueux. Ce seront tous ceux nés de parents qui ne peuvent sans dispense contracter mariage ; car, le législateur aurait dit une sottise s'il avait annoncé gravement que des enfants nés de père et de fille ne pourraient être légitimés par un mariage subséquent. Ceux qui ne peuvent l'être, bien que le mariage soit quelquefois possible entre leurs auteurs ce sont ceux nés d'un oncle et de sa nièce, d'une tante et de son neveu, d'un beau-frère et d'une belle-sœur.

Ce sont ces enfants qui, au même titre que ceux nés d'un ancien inceste de droit divin, seront des enfants incestueux, puisque notre Code ne distingue plus nulle part deux sortes d'inceste. Cette conséquence admise sans difficulté, en ce qui concerne la reconnaissance ne triompha pas, lorsqu'il s'est agi de l'égitimation. Nous étudierons successivement l'état de l'enfant incestueux dont les parents ne peuvent ou ne veulent

contracter mariage ; nous verrons ensuite comment la jurisprudence traite celui dont les auteurs ont obtenu une dispense.

1° De la reconnaissance de l'enfant incestueux

L'article 335 interdit la reconnaissance de l'enfant incestueux au même titre que celle de l'enfant adultérin. Est-ce à dire que l'enfant incestueux ne se rattachera jamais légalement à l'un quelconque de ses auteurs. Nous avons vu que l'enfant né d'un adultère simple pouvait être en fait reconnu par son auteur libre et qu'une reconnaissance de son auteur marié étant absolument nulle, ne saurait prouver, à son préjudice, le caractère adultérin de sa filiation. De même, l'enfant incestueux peut être reconnu par l'un de ses auteurs, sans tomber sous le coup de l'article 335 qui, pour être applicable tout au moins dans la théorie de la jurisprudence, exigeait que la reconnaissance par les deux parents ait eu lieu dans un seul et même acte. Qu'un enfant né de relations incestueuses entre père et fille soit déclaré par cette dernière seule, rien ne révèle le caractère de sa filiation, rien ne le distingue d'un enfant naturel avoué par sa mère. Qu'il soit au contraire reconnu par son père, sans que la mère apparaisse et le voilà sans difficulté frère aux yeux de la loi de celle qui l'a conçu. Mais que le père

d'abord, la mère ensuite, ou inversement, viennent déclarer, devant l'officier public, sans faire aucunement mention l'un de l'autre, la part qu'ils ont prise à la procréation de l'enfant, nous sommes en face de deux actes parfaitement valables isolément et, qu'à notre avis, on ne peut cependant maintenir ensemble sans scandale et sans violation de l'article 335.

Faudra-t-il en admettant que ni l'un ni l'autre ne soit contestable, dans son fond, les annuler tous les deux ou pourra-t-on maintenir l'un d'eux et alors lequel, c'est ce qu'il nous faut tout d'abord étudier.

Contre une double annulation se dresse tout de suite un argument d'ordre sentimental, la nécessité de ne pas rejeter au dehors de toute famille un malheureux dont le seul crime fût de naître. On peut y joindre un argument théorique : la reconnaissance qui fait apparaître l'inceste est absolument nulle, elle ne peut donc vicier l'autre, ce qui serait lui faire produire un effet et lui attribuer par là quelque puissance. Le raisonnement semblerait impliquer que seule la reconnaissance première en date doit être maintenue puisque la publicité de l'inceste est le résultat de la seconde. C'était l'avis très logique de MM. Aubry et Rau (*Sur Zachariæ* t. IV, p. 90). Cependant, comment admettre que la filiation d'un enfant sera réglée automatiquement, peut-être à son détriment et au détriment de celle qui l'a conçu, sur la simple constatation de la priorité d'un acte. Qu'on remarque, en

effet, que la mère retenue par sa convalescence n'aura pas toujours la possibilité de devancer le père, poussé par quelque intérêt. Il lui serait désormais impossible de reconnaître son enfant ou même de faire la preuve de sa maternité. Et comme la maternité est la plupart du temps constante et publique, le père incestueux se trouvant légalement désigné, le scandale que le Code a prétendu éviter serait patent, tandis que la paternité étant incertaine de sa nature et toujours occulte si la loi n'a pas pris soin de déterminer le père, quel scandale y aura-t-il à ce qu'une femme élève l'enfant qu'elle aura eu d'un inceste même au premier degré ou qu'elle lui donne son nom et lui laisse son héritage ; la conception de l'enfant reste un secret. Il n'y a que sa naissance qui le révèle à la société en même temps qu'elle détermine la mère.

C'est pourquoi, et parce que la filiation maternelle nous paraît de beaucoup la plus importante, nous n'hésitons pas à dire, avec Duranton, que la reconnaissance de la mère doit l'emporter sur la reconnaissance du père, toutes les fois du moins qu'elle est certainement véridique.

L'ordre social s'accommode seul de cette solution que l'intérêt de l'enfant pourrait parfois, il est vrai, faire regretter. C'est pourquoi Taulier voulait maintenir à titre provisoire les deux reconnaissances jusqu'à ce que le principal intéressé put choisir entre elles, mais

il faut repousser ce système qui subordonnerait l'état des personnes au caprice de leur volonté.

Demolombe (t. V, p. 380) prétend au choix de l'enfant, substituer celui du tribunal. Cet auteur considérable fait remarquer qu'une femme peut, à l'égal d'un homme, être poussée à faire une reconnaissance par de mauvaises passions ou par un sentiment de cupidité. Mais outre qu'une déclaration mensongère est moins à redouter de sa part parce qu'elle se heurterait, la plupart du temps, à l'in vraisemblance, il est hors de doute que dans le système de Duranton auquel nous nous rallions, il sera toujours possible au père ou à l'enfant de contester le bien fondé des allégations de la prétendue mère ; mais celles-ci, une fois justifiées, emporteraient, nonobstant toutes autres considérations, la filiation légale de l'enfant pour les raisons ci-dessus énoncées.

La reconnaissance par un prétendu père naturel empêche-t-elle un enfant de rechercher pour sa mère, la mère, la fille, la sœur, la nièce ou la belle-sœur de celui-ci ? Il est évident qu'on ne saurait le prétendre si l'enfant a préalablement contesté avec succès la reconnaissance, obstacle possible à ses prétentions. Mais cette contestation sera la plupart du temps difficile. Aussi, sommes-nous d'avis que la recherche de la maternité devrait être admise sans qu'il y ait lieu de soulever, à propos de la reconnaissance paternelle, une question préalable. Si l'enfant triom-

phe en rapportant la preuve que sa mère est bien celle qu'il désignait, les allégations paternelles tomberaient, par voie de conséquence puisque la loi n'admet pas qu'une femme puisse concevoir de son frère, de son père ou de son oncle.

Ainsi, l'enfant incestueux de fait sera presque toujours, au point de vue légal, un enfant naturel simple ayant bénéficié d'une reconnaissance unilatérale lorsqu'il ne sera pas purement et simplement un enfant abandonné né de père et mère inconnus. Et cependant, le Code dans ses articles 762 et 763, suppose l'existence d'enfants légalement incestueux puisqu'il y déclare ne leur accorder que des aliments fixés « eu égard aux facultés du père et de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes ».

Quand donc ces articles auront-ils à s'appliquer en ce qui concerne les enfants incestueux. Les tiers, nous l'avons vu au sujet des enfants adultérins et nous en avons alors expliqué les raisons, ne sont pas admis à prouver qu'une reconnaissance, en apparence valable, s'applique à un enfant né d'un inceste ou d'un adultère. Il faut donc trouver un autre champ à ces articles. Il s'appliqueront rarement à propos d'un inceste et seulement dans le cas où un mariage contracté de mauvaise foi entre parents à un degré prohibé aura laissé des enfants.

Encore a-t-on voulu prétendre qu'un tel mariage étant nul ne saurait donner naissance à la présomption

pater is est. Mais on est généralement d'accord que l'apparence du mariage et la vie commune suffisent à engendrer cette présomption (1).

2° De la légitimation des enfants incestueux

Il apparaît clairement qu'à s'en tenir à la lettre du Code, il y avait un motif double pour refuser aux enfants incestueux le bénéfice de la légitimation. D'abord, l'article 334 interdit explicitement une semblable pratique et il se sert pour cela des mêmes termes dont use l'article 335 à propos de la reconnaissance.

L'un et l'autre parlent des enfants nés « d'un commerce incestueux » ; comment prétendre que ces termes ont un sens différent dans les deux cas, doivent être dans le premier (article 334) entendus au sens étroit et restreint, aux seuls incestes du 1^{er} et du 2^e degrés ; tandis que dans l'article 335, ils s'entendraient également des enfants nés de l'oncle et de la nièce, de la tante et du neveu, du beau-frère et de la belle-sœur !

Rien n'autorise une pareille distinction, bien plus il est un motif déterminant pour ne la point faire.

1. L'enfant d'une femme violée par un parent au degré prohibé par le mariage est-il incestueux ?

Il faut faire à cette question la même réponse et pour les mêmes raisons que nous avons données, à propos des enfants adultérins.

Nous l'avons dit plus haut, l'article 331 n'aurait aucune utilité dans sa partie qui vise les bâtards s'il ne devait s'appliquer que seulement aux enfants de ceux qui, en aucun cas ne peuvent contracter mariage. Car il allait sans dire que ceux-là ne pouvaient songer à légitimer les fruits de leur union clandestine. N'est-il pas de principe que lorsqu'on se trouve en présence d'un texte susceptible d'une double interprétation et qui, avec l'une d'elles, demeurerait inutile, il convient de le comprendre de façon à ce qu'il soit efficace car on ne doit pas présumer que le législateur ait voulu proclamer des vérités de La Palice.

D'ailleurs, quand bien même l'incidente du texte de l'article 331 (autres que ceux..., etc), n'aurait pas été écrite, l'article 335 était suffisant pour le suppléer. Car, puisque la reconnaissance est une préface obligatoire de la légitimation, ne pourront jamais être légitimés que les enfants susceptibles de reconnaissance et, il est hors de contestation, que ce n'est pas le cas des enfants incestueux même nés de parents au 3^e degré.

C'est ce raisonnement qui ruine l'argument tiré de la phrase de Duveyrier citée plus haut, le meilleur des arguments que citent les partisans de la légitimation. Car si Duveyrier était fondé à dire que là où il pouvait y avoir dispense il n'y avait pas inceste civil, cela est vrai autant lorsqu'il s'agit de reconnaissance que lorsqu'il s'agit de légitimation ; il faudrait donc

conclure, si sa parole avait quelque portée, que l'article 335 est aussi étranger aux enfants nés de parents au 3^e degré (et de beau-frère et belle-sœur qui sont assimilés) que l'article 331. Personne ne va jusque-là.

Cependant notre raisonnement qui consiste à tirer l'interdiction de la légitimation subsidiairement de l'article 335 est repris et cité avec avantage par nos adversaires. Car, disent-ils, il reste patent que le législateur, en écrivant l'incidente de l'article 341, a dit une inutilité. Si elle vise les enfants d'un oncle et d'une nièce, l'article 335 était un argument suffisant pour que la légitimation soit impossible. Il en serait ainsi, ajoutent-ils, sans la phrase de Duveyrier. Mais cette phrase a pu influencer le vote du Corps législatif d'autant mieux qu'elle énonçait une manière de voir conforme à la tradition. Peut-être ne peut-elle être prise à la lettre ; mais dite à propos de la légitimation elle vaut pour la légitimation et celle-ci demeure possible en dépit de l'incidente de l'article 331 qui, au demeurant, n'est pas plus inutile si elle s'applique aux enfants d'un père et d'une fille qu'elle ne l'est dans l'autre opinion s'appliquant à ceux d'un oncle et d'une nièce. Il ne resterait donc rien du motif tiré de la nécessité de trouver une raison d'être au mot « commerce incestueux » dans l'article 331. Quant à l'article 335, il supporterait une exception définie par les travaux préliminaires et jusqu'à un certain point traditionnelle, puisque, dans l'ancien

droit, l'infamie provenant d'une naissance incestueuse était effacée par l'autorisation donnée aux parents de s'unir par légitime mariage.

Voilà une augmentation, sans doute, bien fragile ; la phrase de Duveyrier n'est, après tout, qu'une opinion personnelle ; il est contestable qu'elle ait entraîné le vote du Corps législatif ; en tout cas, ce corps n'était pas le seul à faire la loi et nulle part ailleurs la rédaction restrictive n'avait soulevé de difficultés. Enfin, cette phrase, si l'on en tient compte, devrait entraîner la possibilité de reconnaître les enfants d'oncle et nièce, ce qui est nettement contraire aux volontés du tribunaat. Dire que la légitimation de ces enfants était de tradition est encore abusif, car il est certain qu'avant la révolution, seuls étaient légitimés de plein droit les enfants dont les parents pouvaient *facilement* obtenir dispense et ce n'était pas le cas de parents aussi proches. Surtout, ce n'est pas du tout la même chose qu'attribuer au législateur une répétition peut-être inutile en soi, mais logique, ou lui faire dire une absurdité car c'en est une que défendre une chose impossible telle que de légitimer un enfant par un mariage subséquent irréalisable.

Cependant cette thèse si critiquable en droit a prévalu en jurisprudence et a trouvé des autorités importantes pour l'étayer en doctrine (1). La raison en

1. Taulier, t. , p. , n° 33 ; Loiseau, p. 262 ; Rochefort, t. II, n° 225 ; Allemand, t. II, 651-654.

est facile à découvrir. Nous la trouvons nettement dans un discours de Dupin prononcé devant la Chambre des députés en 1832 à propos du vote de la loi qui permit au gouvernement d'autoriser les mariages entre beau-frère et belle-sœur.

« On verrait ces enfants nés du même père et de la même mère, dans la même maison, à la même table et en présence des premiers, qui n'auraient ni état, ni droit, ni partage. Et à moins que les père et mère ne voulussent punir ces derniers d'un crime qui ne serait pas le leur, en les chassant du toit paternel, il faudrait que le même foyer recueillît des enfants légitimes et des enfants adultérins. » Ce dernier mot a sans doute été prononcé par erreur, car Dupin voulait parler des enfants incestueux, mais cette erreur est significative car les mêmes raisons militent en faveur des enfants adultérins. Il est cependant naturel que les tribunaux aient voulu au moins arracher à ce triste sort les enfants incestueux en faveur de qui les textes pouvaient être sollicités et dont la légitimation ne nuit pas aux rejetons d'un autre mariage comme cela peut être le cas lorsqu'il s'agit de bâtards adultérins. Aussi, les décisions inspirées plutôt par l'humanité que par la saine critique des textes ne tardent-elles pas à se multiplier et à s'imposer (1). Enfin, la

1. Grenoble, 8 mars 1838. S. 38.2.45; Prades, 5 mai 1847. D. 47.3.190 ; Paris, 14 juin 1858. D. 38.2.151 ; Amiens, 14 janvier 1864. D. 64.2.12 ;

Cour de cassation dans l'audience du 22 janvier 1867 rejetait un pourvoi formé contre un arrêt admettant la légitimation et cassait un arrêt de Colmar qui l'avait refusée. Depuis la jurisprudence fut si nette qu'en 1872 l'assemblée nationale rejeta comme inutile une proposition de loi tendant à permettre la légitimation des enfants incestueux dont les parents avaient obtenu dispense de mariage. Néanmoins, nous ne pouvons oublier que la doctrine, en majorité, a toujours critiqué cette interprétation et y a vu un fâcheux empiètement du pouvoir judiciaire sur les attributions du pouvoir législatif(1).

M. Henri Pontois en 1891 prétendit, le premier, organiser la répression de l'inceste sur une base rationnelle, en frappant les coupables au lieu de menacer les innocents, victimes eux-mêmes du crime qui leur a donné une vie méprisée presque toujours moralement, et physiquement déplorable.

Il voulait qu'on édicte une peine criminelle contre les auteurs d'inceste du droit des gens (entre père et

Arrêt essentiel. Cassation, 22 janvier 1867. D. 67.1.5.5.67.1.49 ; Cassation, 27 janvier 1874. D. 74.1.216 et S. 74.1.108.

2. Merlin. *Répertoire. Légitimité* ; Marcadé. Note sur l'article 331 ; Demolombe, t. V, n° 352 et 355 ; Aubry et Rau, t. VI, § 546 ; Laurent, t. IV, n° 175 ; Bressoles. *Revue critique*, t. XXX et XXXI ; Beudant. Dissertation sur les arrêts de cassation de 1867 (D. 65.1.5) ; Baudry-Lacantinerie, I, n° 843 ; Planiol, t. I, n° 1553 ; et quelques arrêts : Orléans, 25 avril 1833 (D. I. G.) ; Douai, 1^{er} juillet 1864. (D. 64.2.123). Colmar, 18 mars 1866. D. 66.2.60 (arrêt essentiel).

filles, mère et fils, frère et sœur) et qu'on s'en tienne à une peine correctionnelle, analogue à celle dont est frappée la femme coupable d'adultère, contre les auteurs d'un inceste de droit civil.

L'impossibilité de reconnaître les enfants incestueux était maintenue d'une façon générale et ne cessait que pour les enfants nés de l'oncle et de la nièce, de la tante et du neveu, du beau-frère et de la belle-sœur qui, dépourvus d'enfants légitimes, eussent été autorisés à contracter mariage. La reconnaissance autorisait ainsi une légitimation régulière.

Cette proposition qui n'était certes pas trop hardie et dont les effets eussent été bienfaisants ne fut même pas discutée. La première, la loi de 1907, devait, en modifiant le texte de l'article 331, donner à l'ancienne jurisprudence arbitraire une confirmation législative. Cependant, il eût été préférable de modifier, par la même occasion, l'article 335 et suivant le projet de M. Pontois, et d'autoriser explicitement la reconnaissance à fin de légitimation. Ainsi le texte de la loi eut été mis tout à fait d'accord avec la pratique à laquelle il continue à s'opposer.

Ainsi amendé, le Code civil n'en reste pas moins inhumain lorsqu'il exclut de toute famille l'enfant incestueux ; cette mesure a beau être, de fait, d'une application infiniment rare, c'est déjà trop qu'elle reste écrite dans la loi de la France. Nous proposons dans notre conclusion de rattacher toujours

l'enfant incestueux à sa mère ; nous rapporterons les motifs qui nous paraissent militer en faveur de ce système, mais nous pensons que c'est ici la place de nous élever contre un système séculaire qui tend à prohiber le mariage entre beau-frère et belle-sœur, partant à regarder leurs relations comme incestueuses. Les lois ne doivent point être arbitraires ni se fonder sur des opinions vaguement sentimentales. Autrement, quand les familles de même souche vivaient ensemble, il pouvait être bon, pour éviter des relations sexuelles hors mariage, d'implanter l'idée que les membres de la même famille devaient rester sacrés les uns aux autres, de créer artificiellement une sorte de tabou qui deviendrait un motif puissant de résister à des tentations trop fréquentes ; mais actuellement que les mœurs nouvelles ont complètement isolé les ménages, un tel motif fait défaut ; et lorsqu'il s'agit de second mariage après décès de l'un des conjoints, n'est-il pas de beaucoup préférable de donner à ses enfants comme marâtre la sœur de sa femme que de les soumettre à la domination souvent haineuse d'une étrangère. Outre qu'une telle union nous paraît moins outrageante pour la mémoire de la morte, cette considération primordiale de l'intérêt des enfants devrait faire envisager très favorablement par le législateur et l'opinion publique, le mariage du beau-frère et de la belle-sœur. Le fait qu'une dispense soit nécessaire tend au contraire à

le faire considérer comme anormal, à en éloigner les esprits.

Nous nous élèverons aussi contre la faculté donnée au pouvoir exécutif de dispenser des prohibitions établies par la loi entre proches parents. Ces dispenses manquent de fondement rationnel. Autant il était admirable qu'une autorité statuant au nom de Dieu comme l'était celle de l'Église, dans l'esprit du moyen âge, vint, pour des raisons d'ordre moral, autoriser à titre exceptionnel des unions entre parents éloignés, autant il est ridicule de voir un chef d'État moderne revêtu du pouvoir de permettre des mariages interdits par la loi.

Le mariage civil n'a plus rien à voir avec la métaphysique ou la théologie. Cela lui enlève d'ailleurs assez de son prestige. Il serait bon que cela lui valût au moins d'être réglé d'une façon scientifique.

Le mariage a pour but principal la procréation ; il doit être interdit là où ce but ne peut être rempli qu'imparfaitement, permis librement et encouragé dans tous les autres cas (1). Sans doute, la procréation même entre parents très proches est sans danger lorsque ses auteurs, étant eux-mêmes parfaitement sains, n'ont eu que des ascendants de santé parfaite. Mais c'est un cas trop rare pour pouvoir être pris

1. Il est bien entendu cependant que des considérations morales de premier ordre empêchent d'autoriser le mariage entre alliés en ligne directe, mais c'est là une hypothèse plus théorique que pratique.

en considération par la loi qui statue *de eo quod plerumque fit*. Aussi devait-elle proscrire impitoyablement toute union jusqu'au 5^e degré.

Elle a été imprévoyante en s'arrêtant au 3^e. Encore faudrait-il qu'elle soit appliquée et que des raisons d'ordre particulier n'y vinssent pas faire échec. Des dispenses se comprendraient encore si elles étaient données après avis de médecins compétents et consciencieux. Mais dans l'état actuel de nos mœurs, c'est souhaiter l'impossible. La suppression des dispenses s'imposerait donc d'autant plus que, si elles sont demandées pour des raisons d'ordre pécuniaire, cela est méprisable ; que si elles sont données pour effacer une faute passée, légitimer un enfant incestueux, cela est un encouragement à un calcul immoral, une prime à la mauvaise conduite. Ainsi serait scientifiquement résolue la question de la légitimation de l'enfant né de l'inceste, il resterait à régler rationnellement celle de sa reconnaissance en le rattachant à sa famille maternelle et en se souvenant du vieil adage : « Nul n'est bâtard de par sa mère. »

CONCLUSION

Si les hommes de 1789 avaient erré en prétendant consacrer dans la loi de la France « toute l'égalité de la nature » parce que justement la nature n'a point voulu que les hommes fussent égaux, ils n'en ont pas moins dégagé un principe juste en soutenant que le droit écrit doit se modeler sur les exigences de la nature.

Natura parendo vincitur, a dit Bacon, et cet axiome s'impose au législateur aussi bien qu'au physicien, car il n'y a pas plusieurs méthodes pour découvrir la vérité et pour l'appliquer.

Or l'observation la plus élémentaire nous montre tous les petits des animaux confiés par la nature à leur mère sans le secours de laquelle ils mourraient dès leur premier jour et la réprobation qui s'attache à l'abandon des enfants n'est que l'expression instinctive de cette loi générale qui impose à la femelle le soin de ses petits.

Une telle loi, qui assure au premier chef la perpétuité de l'espèce et par suite le maintien de la société, doit donc être soigneusement recueillie par le légis-

lateur lorsqu'il s'agira de traduire en langage juridique le droit idéal devant régler l'association familiale. On ne saurait sans dommage pour la société sous prétexte de maintenir la femme dans l'association familiale, séparer de sa mère l'enfant adultérin et le rejeter de toute famille ; car, d'un côté, l'enfant se rattache d'abord à sa mère et d'un autre côté l'enfant ainsi rejeté, réagira dangereusement contre la société, au lieu de s'y adapter et de s'y fondre. L'observation nous montre encore que là où les femelles sont incapables de pourvoir seules aux besoins de leurs petits (chez les oiseaux par exemple), le mâle apporte de la nourriture à sa famille temporaire ; or si l'on n'admet pas, pour l'homme, une semblable obligation, l'enfant, quelle que soit son origine, ne saurait le plus souvent, subsister ; la femme, dans les derniers temps de sa grossesse et pendant les premières semaines qui suivent l'accouchement, se trouve dans l'impossibilité de travailler ; elle ne perçoit que des salaires inférieurs à ceux de l'homme et la formation d'un enfant exige de nombreuses années ; l'exemption pour le père de coopérer à l'élevage de l'enfant équivaut donc sûrement à une mise à mort de l'enfant, soit directement par avortement soit indirectement par le manque de soins, résultat qu'obtiennent nos sociétés modernes tout en le condamnant.

Loin donc d'interdire la reconnaissance ou la recherche de la maternité adultérine, ou incestueuse,

le Code, pour suivre la nature et sauvegarder la vie de l'enfant, aurait dû rattacher ce dernier à sa mère, de la façon la plus complète, quel que fut le vice de la conception. L'enfant ne se nourrit pas seulement de lait et, plus tard, de pain ; c'est de lui, plus encore que de l'adulte dont le caractère est déjà formé que l'on peut dire : « il est mauvais que l'homme soit seul. » Un orphelin, qui n'aurait trouvé nulle part de famille, ne peut pas être un homme social, et la preuve en réside dans cette tristesse sombre qui empoisonne la vie de ceux qui n'ont connu ni le charme berceur de la tendresse maternelle ni la chaude quiétude du foyer paternel ; car ce n'est qu'en famille que l'homme prend le goût de la famille et comme la famille n'est elle-même que l'image réduite de la société, on ne peut, en dehors d'elle, y prendre l'amour d'autrui ni acquérir l'indispensable aptitude à se sacrifier qui est la base de l'ordre social. Aussi importerait-il, une seule personne ne pouvant constituer une famille, que l'enfant naturel fut rattaché non seulement à sa mère mais à ses parents maternels. Sa situation d'ailleurs en deviendrait moins inférieure à celle de l'enfant légitime sans pourtant être identique, ce que la nécessité de maintenir le mariage ne saurait permettre et le préjugé qui pèse sur les enfants illégitimes serait, dans une certaine mesure, atténué.

Mais dira-t-on, l'article 335 n'a point tant de portée, il conditionne le droit plus que le fait, la mère

qui a conçu par l'adultère, dans les cas très rares où cela pourra être prouvé, n'en élèvera pas moins son enfant et ne lui ménagera pas davantage son amour et ses soins. Ce n'est guère l'influence de la loi qui l'éloignera de sa famille maternelle l'enfant adultérin. Il reste, sans doute, que ce dernier subira en droit civil une déchéance qui, nous le concédons volontiers, fortifie un préjugé séculaire, et qu'il sera privé de la fortune maternelle.

Ce sont là, ajoutent nos contradicteurs, les conséquences d'une faute et l'intérêt social exige que l'infraction ayant été publique, l'expiation en soit publique et douloureuse. L'idée de devoir a été introduite par le châtiment, là où le châtiment fait habituellement défaut, la conception de faute ne tarde pas à disparaître. Attribuer à l'enfant, né de l'adultère ou de l'inceste, la même filiation maternelle qu'à l'enfant légitime avec égalité des droits, lorsque déjà ont disparu en fait les pénalités qui atteignaient les femmes adultères, c'est proclamer le droit des femmes à procréer selon leur caprice, c'est détruire le fondement même du mariage.

Un tel raisonnement contient évidemment quelque part de vérité et il n'est pas tout à fait vrai de dire avec M. Violette que les amants, se préoccupant peu généralement du sort de leur descendance possible, les punir après coup de leur faute en frappant leurs enfants constitue une injustice totalement inu-

tile. Sans doute bien peu de femmes seront empêchées de violer la foi conjugale par la crainte des déchéances qui frapperaient l'enfant à naître de leur faute, la nature a voulu que les douleurs de l'accouchement lui-même soient oubliées de la femme tentée par la volupté ; mais combien ont été en revanche retenues par ce sentiment mystérieux de l'honneur, le meilleur gardien des vertus sociales.

L'idée qu'il est déshonorant, pour une femme, d'entretenir des relations sexuelles hors mariage, idée qui se trouve la principale sauvegarde du foyer conjugal, est un de ces « préjugés nécessaires » qui demandent pour se maintenir une atmosphère morale et sociale appropriées. Les déchéances frappant les enfants illégitimes contribuent certainement à l'entretenir ; la religion de la pudeur, comme celle de la patrie, comme celle même de Dieu, demande pour demeurer vivante le sacrifice de certains innocents. L'homme ne bâtit rien de solide qu'avec des pleurs et du sang.

Mais il doit importer au législateur de ne se point montrer cruel sans nécessité et, s'il est indispensable pour maintenir le mariage, de donner une condition spéciale et privilégiée à ceux qui en naissent, il n'est point utile pour cela de violenter la nature : il suffit de la suivre, de respecter ces instincts profonds qu'elle a mis au cœur de l'homme et qui assurent, d'une façon encore mystérieuse, la conservation de l'espèce partant de la société.

Or, nous ne voyons pas que la femme, d'ordinaire, fasse aucune différence entre ses enfants légitimes ou illégitimes ; que la loi traduise donc ces sentiments naturels en les doublant de liens légaux et qu'elle permette à la mère de consacrer, selon le vœu de la nature, toutes ses forces, y compris tout son patrimoine, à l'amélioration de leur sort sans avoir à s'inquiéter de leur origine ; et les règles de la succession *ab intestat* étant fondées sur la volonté présumée du défunt, qu'elle assure la dévolution du patrimoine maternel en se souvenant du vieil adage : « Nul n'est bâtard de par sa mère. » Ces enfants se trouvant ainsi occuper dans la famille de leur mère la place des enfants légitimes, une plus importante même par un certain côté puisqu'ils en porteraient le nom, on devrait logiquement leur assurer la même réserve.

Nous voudrions, en effet, que l'enfant naturel, d'une façon générale, ne prit jamais le nom de son père et nous voyons à la portée que donne la loi française à la reconnaissance paternelle un triple inconvénient. Elle tend à désorganiser la famille du père en permettant à l'un de ces membres d'y faire entrer des enfants que le milieu social de leur mère comme aussi l'incertitude de la filiation paternelle, rend la plupart du temps inassimilables dans l'état actuel de nos mœurs ! (1).

1. Nous savons très bien que l'enfant naturel n'est pas, en théorie, légalement rattaché en France à la famille de ses parents ; mais

Elle est encore antisociale en ce qu'elle fait au mariage une concurrence de bas étage, permettant à un homme de s'attribuer des enfants sans fonder une famille légale.

Elle procède d'un principe qui rend impossible la recherche de la paternité et subordonne à la libre volonté du père l'accomplissement des devoirs naturels dont nous avons montré plus haut toute l'importance sociale.

Donner, en effet, à l'enfant reconnu par son père la plus grande part de sa succession *ab intestat*, bien mieux, une réserve, c'est présupposer que le lien du sang suffit à créer un titre à la fortune paternelle ; tandis que, selon nous, il crée seulement un droit aux aliments et à l'éducation. Si l'on veut aller au delà, il arrive fatalement comme nous l'a montré l'étude de la période révolutionnaire en France, que le législateur hésite à imposer contre son gré, à un homme la charge de la paternité ; tandis que si l'enfant naturel restait sans lien civil avec son père, ayant contre lui une simple créance, la recherche en pourrait facilement et devrait être permise.

Que si l'on nous objecte la différence de valeur que nous établissons entre les filiations maternelles et paternelles hors mariage, nous alléguerons non seulement l'absolue certitude de la filiation maternelle

comme il porte le nom de son père qui l'a reconnu et en hérite presque intégralement, cette théorie nous paraît, à peu près, lettre morte.

s'opposant à l'incertitude habituelle de la filiation paternelle, mais encore ce simple fait d'observation courante que les mères naturelles ne distinguent point entre leurs enfants, tandis que les pères n'attachent généralement de réelle importance qu'aux enfants nés de l'épouse légitime.

C'est un motif pour que la loi leur impose, vis-à-vis de leurs enfants naturels, l'accomplissement de leur devoir, sans pour cela leur donner un héritier dont ils n'ont cure. L'abrogation de l'article 908 serait la juste contre-partie de ces réformes, la famille légitime se trouverait suffisamment protégée par les réserves établies dans son intérêt.

Ces principes admis, devrait-on permettre la recherche du père incestueux ou adultérin ?

La recherche du père incestueux nous paraît aller sans difficulté et ne rendrait pas, d'ailleurs en supposant qu'elle aboutisse, les enfants incestueux ; ceux-ci restant sans liens civils avec leur père. Toutefois, étant donné le scandale qui pourrait être soulevé par la révélation d'inceste au premier ou au deuxième degré, l'intérêt de la société exigerait alors que la proposition de M. Pontois fut reprise et qu'une peine sévère vint atteindre le père coupable ; nous voudrions que la mère fut épargnée de peur d'amener le meurtre ou l'abandon de l'enfant.

La recherche du père adultérin soulève au contraire une objection sérieuse. Ne risque-t-on pas de briser

le mariage de celui-ci en autorisant la révélation publique de son infidélité ? Un tel inconvénient, quoique évidemment grave, ne nous paraît pas décisif ; car le droit de l'enfant nous semble supérieur et c'est ici le lieu de rappeler les paroles de Cambacérès : « Si le mariage est une institution précieuse, son empire ne peut s'étendre jusqu'à la destruction de l'homme et des droits du citoyen. » De plus, le fait de décharger l'homme marié des devoirs qu'entraîne la paternité, toutes les fois qu'il aura recherché celle-ci en dehors de son foyer, nous paraît un encouragement et comme une prime à l'immoralité. En Allemagne, où la recherche de la paternité fonctionne librement, il n'est pas apparu, d'ailleurs, que les divorces en soient plus fréquents.

Ainsi, l'enfant incestueux et adultérin, tout comme l'enfant naturel dont il n'est somme toute qu'une variété, posséderait une mère et une famille légales, sa famille maternelle, l'assistance matérielle de son père lui serait assurée selon le vœu de la nature et des nécessités sociales.

Quelque urgente qu'apparaisse la réforme de la condition juridique faite par le Code Napoléon aux bâtards incestueux et adultérins, l'opinion publique s'est à peu près désintéressée jusqu'ici de la question. Elle se passionne davantage pour ou contre la légitimation des enfants adultérins ; celle des enfants incestueux étant, depuis longtemps, admise par tous.

Seul, un petit nombre d'esprits avisés, comme Laurent ont vu que ces sortes de bâtards possédaient un droit à n'être point dépourvus de filiation légale ; tandis que la légitimation étant, somme toute, une faveur, il n'y avait peut-être pas d'injustice au sens strict du mot, à la leur refuser ; pour nous qui sommes, à la fois, partisans de les admettre au bénéfice, de la reconnaissance (après en avoir toutefois modifié la portée, comme il a été dit plus haut) et de la légitimation, nous pensons que les deux questions sont intimement liées et que l'on ne peut aborder logiquement la seconde sans avoir au préalable résolu la première par l'affirmative. Sans doute, le petit nombre des enfants adultérins par leur mère, le fait que la jurisprudence interdit de contester la reconnaissance émanant d'une femme libre sous le prétexte qu'elle a conçu d'un homme marié, rendent peu fréquente l'application de l'article 335 et partant de l'article 762 ; la défense de la recherche de la paternité incestueuse ou adultérine est englobée et disparaît dans la défense générale de la recherche de la paternité naturelle. De sorte que peu d'adultérins souffrent des dispositions archaïques de la loi. L'inconvénient n'en devenait patent que lors du mariage de leurs auteurs quand l'enfant de l'ancienne concubine devenue épouse devait rester légalement étranger au nouveau foyer de sa mère et devait conserver sa condition d'enfant naturel simple, auprès de ses

frères légitimes. La discordance de son état de droit et de son état de fait (n'est-il pas connu partout comme enfant des deux époux) constitue pour lui et pour sa famille une tare dont on a suffisamment montré les inconvénients et que la société ne nous paraît pas avoir un intérêt majeur à maintenir.

En vain agite-t-on devant nous le spectre de la bigamie ; la loi prétend-elle interdire aux nouveaux époux de conserver à leur foyer le bâtard adultérin. L'état antérieur de bigamie dans lequel ils ont vécu éclatera donc à tous les yeux ; mais, dira-t-on, il n'y aura eu que bigamie de fait, concubinage ; par la légitimation, on en fera une bigamie de droit, un homme ayant pu avoir deux enfants légitimes en même temps de deux femmes différentes. C'est là ce qui constitue justement un scandale.

A cette subtilité qui n'est pas dépourvue de base juridique si l'on considère que l'enfant est légitimé, grâce à une fiction de rétroactivité du mariage au jour de la conception, il est possible de répondre que justement dans notre droit, ainsi que l'a démontré Demolombe (1) cette fiction a été abandonnée et que la légitimation de l'enfant naturel n'est plus qu'une faveur attachée par le législateur, dans un intérêt social, au mariage des parents, sans aucune idée de rétroactivité. Le Code a abandonné, sur ce point, la

1. Demolombe, t. V.

conception du droit canonique pour adopter celle du droit romain. Il est donc faux de dire qu'avec le projet de loi voté par la Chambre, un homme pourrait avoir simultanément deux enfants légitimes de deux femmes différentes. De son épouse, il aura eu effectivement un enfant légitime ; de sa concubine, il aura eu un enfant adultérin. La loi de 1904 lui permettant d'épouser cette dernière, après la dissolution de son précédent mariage, il n'y a aucune impossibilité juridique ni aucune inconvenance, à ce qu'on accorde, comme prime à l'union des nouveaux époux qu'on déclare par ailleurs solennellement tolérer, la faveur de la légitimité à l'enfant né de leurs œuvres parce que cette faveur n'aura d'effet que dans l'avenir et que, pendant tout le temps qu'aura duré le premier mariage, l'enfant né de l'adultère sera resté adultérin. Il y aurait là, comme une sorte de nouvelle naissance de l'enfant selon l'ordre légal ou si l'on veut, une espèce d'adoption de la part du père, tolérée par l'État dans des conditions spéciales et pour un cas particulier.

Ainsi serait sauvegardée une conception d'esthétique sociale qui peut être hostile à ce que deux mariages viennent à « chevaucher l'un sur l'autre ».

D'ailleurs, dans le nouveau projet de M. Maxime Lecomte et quoiqu'en prétende celui-ci, c'est moins la raison d'ordre public tirée de la bigamie que la considération de l'intérêt pécuniaire des enfants légi-

times, qui fait interdire, en principe, la légitimation des bâtards adultérins du père, puisque celle-ci devient possible toutes les fois que les enfants du premier lit y consentiront. Que faut-il penser d'une telle réserve ? Sans doute, elle paraît inspirée par un souci respectable, celui d'éviter que les descendants de l'épouse, victime de l'adultère, ne viennent à en éprouver un dommage matériel. Mais nous pensons que cette considération découle d'un principe erroné ou du moins accepté sans examen.

Les enfants légitimes n'ont pas plus que les enfants naturels un droit absolu à la succession de leurs parents ; le fondement de la réserve qui leur est attribuée par (1) la loi n'est pas leur intérêt propre, c'est bien plutôt l'intérêt de l'État auquel importe la conservation des familles intimement liée à la conservation de leur patrimoine. Or dans l'espèce, l'intérêt de la société nous paraît exiger qu'une cause de désunion si fatale, que M. Maxime Lecomte est le premier à la reconnaître, ne subsiste point dans une

1. Nous n'ignorons pas que le droit français accorde une réserve aux enfants naturels, mais cela nous paraît être une erreur de la part d'un législateur qui n'a pas placé l'enfant naturel dans la famille. On a méconnu, selon nous, la véritable raison d'être de la réserve, l'intérêt général et non l'intérêt particulier, celui-ci ne devant jamais importer assez pour faire restreindre une liberté primordiale telle que la liberté de tester. L'enfant naturel ne devrait, en présence d'un testament paternel le déshéritant, n'avoir droit qu'à des aliments, entendus, il est vrai, au sens le plus large.

famille désormais légitime. Cette cause provenant de l'inégalité juridique des enfants produirait d'autant plus d'effets que le sort de quelques-uns d'entre eux dépendrait de la volonté des autres. Cette famille se trouvant d'ailleurs continuée par les enfants adultérins légitimés au même titre que par les anciens enfants légitimes, il n'y a point d'inconvénient social à ce que le bien de famille soit divisé entre eux.

Il nous semble, en outre, que les enfants du premier lit ne seront pas plus lésés en partageant la fortune paternelle avec des frères consanguins nés d'une concubine pendant le mariage de leur mère qu'ils ne le seraient en partageant cette fortune avec les enfants de cette même femme nés seulement quelques années plus tard ; si l'on avait voulu les protéger efficacement, il aurait fallu, comme le dit très bien M. Maxime Lecomte lui-même, ne point abroger l'article 298. Il nous semble, ainsi qu'à M. Violette, que l'autorisation donnée aux complices d'adultère de s'unir en légitime mariage emporte logiquement la possibilité pour eux de légitimer leurs enfants adultérins ; et nous croyons que l'état des personnes est une chose intéressant trop gravement l'ordre social pour pouvoir être subordonnée à l'acquiescement d'une volonté particulière, être mis en balance avec des intérêts d'argent, si importants soient-ils.

Nous concluons donc nettement en faveur de la légitimation des enfants adultérins quoique nous en

ayons sérieusement envisagé la répercussion certaine, et par certains côtés néfaste, sur la mentalité populaire, relativement à la faute d'adultère. Mais nous croyons que cette réforme nécessaire en appelle une autre, celle de la condition juridique des enfants nés de l'inceste et de l'adultère; d'abord parce qu'il apparaîtrait comme trop injuste de donner aux fruits d'une même faute un statut très différent, selon qu'ils seraient ou non légitimés, ensuite parce que, pour être pleinement efficace, la réforme de l'article 331 suppose celle de l'article 312, partant celle de l'article 335. L'abrogation des dispositions édictées par ce dernier s'impose d'ailleurs pour les autres graves raisons données ci-dessus.

Nous avons vu que la légitimation par mariage subséquent d'un enfant né d'un adultère de la femme se heurtait parfois à la règle *Pater is est*, quand, par vengeance ou par négligence, le mari s'abstenait d'user de la faculté de désaveu. Les tribunaux, de leur chef, ont déjà virtuellement abrogé l'article 312 dans le cas où la conception se place après l'ordonnance du président du tribunal autorisant la demande en divorce ou séparation de corps (1) et la proposition de M. Maxime Lecomte transformera en loi cette jurisprudence toutes les fois du moins qu'une légiti-

1. V. jugement de la Cour de Bordeaux que nous avons critiqué page 145.

mation de fait sera intervenue. Cette restriction, imitée des conclusions d'un jugement du tribunal de la Seine (cité page 143) est assez bizarre, théoriquement du moins, car elle suppose que l'enfant est de l'amant toutes les fois qu'il y a intérêt, quand il aura pu être légitimé, et du mari dans tous les cas contraires, ce, au mépris de l'impossibilité juridique résultant de l'article 244. L'application de la règle *Pater is est* dans cette dernière hypothèse suppose, en effet, une réconciliation des époux en instance de divorce, ce dont les différents législateurs ont semblé ne pas se soucier.

Mais même en faisant abstraction de cet article 244, la proposition de M. Lecomte contient un illogisme qui choque le bon sens. Cet illogisme consiste dans l'incertitude et l'instabilité de l'état de l'enfant conçu pendant l'instance en divorce. L'état doit, en principe, être conforme à la réalité ; or comment pourrait-il en être ainsi, du moment où cet état dépend du caprice d'un tiers qui épousera ou n'épousera pas la mère. En cas de légitimation d'un enfant naturel il y a plutôt complément que modification d'état ; tandis que là, si le complice d'adultère n'épouse pas la mère, l'enfant reste légitime du premier mari, contre toute vraisemblance ; s'il l'épouse, il devient légitime du second mari. A ce régime équivoque qu'excuse seule l'intention de ne point créer d'enfants légalement adultérins, nous préférons une solution

plus franche, nous voudrions que tous les enfants conçus pendant l'instance en divorce ou en séparation soient déclarés adultérins, solution conforme à la réalité, mais pour leur épargner les déchéances imméritées des articles 335, 762 et 908, nous voudrions parallèlement l'abrogation de ces mêmes articles dont la rigueur inutile répugne à la mentalité moderne parce qu'elle porte à faux et semble hors de proportion avec le simple délit d'adultère.

Si le projet de M. Violette venait à être voté intégralement, ce qui, pensons-nous, se produira tôt ou tard il importerait d'aller plus loin et puisqu'on aurait admis le principe de la légitimation de tous les adultérins, il conviendrait de ne plus faire de la règle : *Pater is est*, un impératif catégorique, même dans le mariage, sous le prétexte d'une cohabitation légale des époux quand ceux-ci sont séparés de fait. Il ne faut pas oublier que le but des réformateurs modernes est de remédier à la situation des enfants dont les parents, ayant déserté un premier foyer conjugal, vivent en concubinage, et de permettre la légitimation de ces mêmes enfants après la dissolution du premier mariage. Or ce résultat ne saurait évidemment être obtenu, s'il reste subordonné à une action en désaveu du premier mari et dépend ainsi de sa bonne volonté.

On a lu dans *Les deux Vies*, le remarquable ouvrage de Paul et Victor Margueritte, l'histoire émouvante de cette pauvre Jeanne Leval. Le mari, une brute, qui pre-

naît l'argent de sa femme quand elle sortait de l'atelier, « un être assez vil pour lui donner les pires conseils », et qui l'accule à la séparation de fait, la séparation de droit étant trop difficile, trop longue à obtenir : plus souvent le mari égoïste abandonne femme et enfant pour courir où le caprice l'appelle ou s'enivre et devient un danger, une cause de misère pour les siens, le résultat toujours le même : « Jeanne s'était mise en ménage, en faux ménage avec un brave homme employé de commerce », et de cet homme avait eu une fille. Mais le mari avait écrit : « Dieu a béni notre union, j'en suis charmé, à quand le baptême de ma fille ! » car loin de désavouer Loulou, il avait endossé cette paternité légale, rien que pour faire enrager sa femme ! et aussi pour pouvoir la faire plus sûrement chanter ! d'où l'engoisie constante et indicible de la mère. « Croyez-vous, madame, il a dit qu'il me prendrait Loulou, qu'elle était inscrite comme sa fille, qu'elle était à lui. Ah ! je vous jure que s'il essayait cela, il apprendrait le prix du vitriol. »

Qu'une situation comme celle-là soit possible, qu'elle soit fréquente dans les classes populaires, cela seul condamne un Code assez dénaturé pour donner à un homme, sous prétexte de mariage, le droit de ravir un enfant qui lui est étranger dans le seul but de martyriser sa mère.

En face des unions adultérines et publiques que la débauche multiplie dans les basses classes, la bour-

geoisie possédant à peu près le monopole de l'hypocrisie dans le vice, il est nécessaire que le législateur ne s'acharne point à maintenir un droit idéal et donne à la femme la faculté de faire inscrire son enfant, sous son nom propre, quand il sera patent que le mari n'a été pour rien dans la conception. Mais cette réforme en multipliant le nombre des enfants légalement adultérins exige de prime abord la suppression des déchéances légales édictées par les articles 335, 762 et 908.

Ainsi, en dehors du mariage, l'enfant resterait confié à ses protecteurs naturels, à sa mère, dont les sentiments sont, le plus souvent, les meilleurs garants de sa santé physique et morale, tandis que la reconnaissance possible de l'amant permettrait sans qu'il soit besoin du consentement du premier mari après divorce de la femme, une légitimation désirable en tous points.

La loi ne s'efforcerait plus de cacher, sous un voile hypocrite, les véritables rapports de filiation ; l'intérêt de l'enfant serait sauvegardé contre les fantaisies ou la vengeance d'un homme qui a, pour le haïr, les plus puissants motifs ; la morale publique serait aussi mieux défendue ; le père naturel étant alors légalement connu, le droit français ne pourrait plus servir à abriter les scandales que rend possible la combinaison des articles 312 et 335 avec lesquels un père peut très légitimement épouser sa fille ou un frère sa

sœur. De pareilles monstruosités sont les conséquences forcées de la méconnaissance systématique de la réalité en matière de filiation, instaurée par le Code Napoléon.

Le mariage, source de la famille légitime, en souffrirait-il ? Nous ne le croyons pas et nous ne voyons pas bien quelle force il peut tirer d'une législation qui tend plutôt, à le ridiculiser en en faisant une fiction s'accommodant des pires débauches, le mariage nous paraît être la consécration légale d'un état de fait, la vie commune des époux. Lorsque cette vie commune vient à cesser, son apparence légale ne doit plus être qu'une vaine ombre, incapable de produire ses effets juridiques normaux ; le mariage devient semblable à un corps mort dont l'âme s'est retirée et auquel ne demeure plus aucune espèce de vertu. La sauvegarde du mariage est ailleurs, elle ne se trouve ni dans la persécution d'enfants nés en violation de sa foi, ni dans le mensonge qui consiste à le faire servir de pavillon propre à couvrir toutes espèces de marchandises. Mieux vaudrait lui réserver, à l'instar du droit romain et du droit allemand, le privilège exclusif d'assurer la parenté légale par les mâles et la transmission du nom et de la succession *ab intestat* du père aux enfants qui en seraient nés.

Hors du cas de légitimation, les enfants adultérins et incestueux, comme les autres enfants naturels por-

teraient le nom de leur mère et hériteraient d'elle dans la même proportion que ses enfants légitimes. Leur condition serait différente de celle des enfants légitimes, ce qui serait nécessaire pour maintenir au mariage son lustre et son utilité ; elle n'aurait plus cette infériorité que consacrent les articles 762 et 908 du Code civil.

Cela tendrait à dissiper le préjugé stupide qui pèse sur les bâtards depuis 1,500 ans et que les Romains, tout en honorant le mariage, n'avaient point connu.

Vu : le Président de la thèse,

BARTIN

Vu le Doyen :

P. CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION, ...	7

PREMIÈRE PARTIE

Développement historique de la condition juridique des enfants adultérins et incestueux.

1. — Raisons d'une étude historique	15
---	----

I. — LE DROIT ROMAIN

2. — Division du droit romain en deux périodes . .	18
PREMIÈRE PÉRIODE.—Des origines à Constantin.	
3. — La famille romaine	19
4. — Situation de l'épouse.	22
5. — Condition des bâtards	23
6. — Absence de distinction entre l'enfant naturel simple et l'enfant adultérin	23
7. — Absence de paternité naturelle	25
8. — Absence d'enfants légalement incestueux. . .	25
9. — Cas de filiation adultérine	26
10. — Droits des adultérins sur la succession maternelle.	28
11. — Réforme de Marc Aurèle	29
12. — Influence du christianisme	30

DEUXIÈME PÉRIODE. — **Le droit impérial chrétien.**

13. — Réforme de Constantin	31
14. — Réforme de Justinien	32
15. — Les enfants naturels sont écartés de la succession <i>ab intestat</i> de leurs père et mère . . .	33
16. — Système de la nouvelle 18	34
17. — Système de la nouvelle 89	34
18. — V véritable caractère des réformes de Justinien .	35
LA LÉGITIMATION DES BATARDS EN DROIT ROMAIN	
19. — Origine de cette institution	37
20. — Quid des enfants incestueux et adultérins? . .	39
21. — Légitimation par rescrit du prince et par testament.	42
22. — Cas déterminés par rescrit	43
23. — Légitimation par oblation à la curie	44
24. — Légitimation par mariage subséquent	46
25. — Légitimation par adoption	50
26. — Légitimation par reconnaissance du peuple . .	51

II. — LE DROIT FRANÇAIS

§ I. — *Période franque et droit canonique.*

27. — Introduction du droit canonique	52
28. — Prédominance du pouvoir spirituel au x ^e siècle en matière de filiation	55
29. — Quid des enfants incestueux et adultérins? . .	58
30. — Le mariage putatif	59
31. — Le droit canonique et les successions au profit des incestueux et adultérins	60
32. — La légitimation en droit canonique. Introduction de la légitimation par mariage subséquent. .	64
33. — La légitimation par rescrit du pape	71
34. — La légitimation par l'entrée dans les ordres religieux	76

§ II. — *Condition générale des bâtards dans
l'ancien droit français.*

35. — x ^e , xi ^e et xii ^e siècles	77
36. — xiii ^e siècle	79
37. — xiv ^e siècle	81
38. — Du xv ^e siècle à la fin de l'ancien régime. . . .	82

§ III. — *La légitimation dans l'ancien droit français*

39. — La légitimation par mariage subséquent . . .	90
40. — La légitimation par rescrit du prince	90

§ IV. — *Droit intermédiaire.*

41. — Le mouvement d'opinion en faveur des bâtards .	92
42. — Le rapport de Cambacérès.	95
43. — Loi du 12 brumaire an II.	99
44. — La reconnaissance dans la loi du 12 brumaire an II.	102
45. — Sort des enfants incestueux et adultérins. . .	106

DEUXIÈME PARTIE

**De la filiation des enfants adultérins sous
le régime du Code civil.**

Notions préliminaires	121
46. — Historique des dispositions du Code civil con- cernant les enfants incestueux et adultérins .	121
47. — La notion d'adultérinité	125
48. — Point de départ pour déterminer l'adultérinité .	129

CHAPITRE I

De la reconnaissance volontaire des enfants adultérins

49. — Effet des reconnaissances effectuées en violation de l'article 335 137
50. — Valeur juridique des reconnaissances de fait . 151
51. — Conséquences pratiques de la nullité absolue des reconnaissances de fait. 163

CHAPITRE II

52. — Recherche de la filiation adultérine de la part d'un enfant ou d'un tiers 168

CHAPITRE III

53. — De la possession d'état en matière de filiation adultérine. 175

CHAPITRE IV

54. — Des enfants légalement adultérins 180

CHAPITRE V

55. — Conditions juridique des enfants légalement adultérins 186
56. — Les catégories diverses d'enfants adultérins. . 202

TROISIÈME PARTIE

De la légitimation des enfants adultérins.

CHAPITRE I

57. — Légitimation des enfants adultérins sous le régime du Code civil 213
58. — Le concubinage de bonne foi 218
59. — Condition juridique de l'enfant conçu adultérin et né dans les 180 premiers jours du mariage de ses auteurs 222

CHAPITRE II

60. — Évolution de l'opinion et de la législation jusqu'à la loi du 7 novembre 1907 230
61. — Loi du 7 novembre 1907 238

CHAPITRE III

62. — La légitimation des enfants adultérins dans la loi du 7 novembre 1907. 251

CHAPITRE IV

63. — Critiques soulevées par la loi du 7 novembre 1907. 285

CHAPITRE V

64. — Nouvelles propositions de loi. Proposition Viollette à la Chambre des députés. Proposition Maxime Lecomte au Sénat. 305

CHAPITRE VI

65. — Législation comparée	320
--------------------------------------	-----

CHAPITRE VII

66. — Condition juridique des enfants incestueux . .	338
Conclusion	359



